

JURISPRUDENCIA

ACCION DE AMPARO. REQUISITOS. JUECES (NICARAGUA).

En vista de la diversidad de criterios existentes, esta Sala desea dejar sentada, de una vez, la interpretación que debe dársele a la Ley de Amparo en lo referente a los requisitos establecidos en su art. 27. Por consiguiente, es obligación de los tribunales receptores de los escritos de Recurso de Amparo, que notaren la omisión de cualquiera de estos requisitos, aplicar lo ordenado en el art. 28, es decir, mandar que se llenen las omisiones, bajo apercibimiento de no tener por interpuesto el recurso, únicamente si el recurrente dejase pasar el plazo establecido sin hacerlo.

Esta decisión modifica fallos precedentes, detallándose las razones que motivan este cambio de interpretación, en cumplimiento del párrafo final del art. 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley n° 260): los avances del derecho constitucional y su nueva frontera, obligan al juzgador a asegurar el pleno respeto de las garantías constitucionales tal como lo prescribe el art. 1 de la citada ley. Esto significa que un verdadero estado de derecho y el reconocimiento de su existencia en nuestro país, sólo puede fundarse en el respeto a los derechos humanos, que en forma de derechos y garantías del pueblo nicaragüense, tanto individuales como políticos, de familia, y laborales, se enumeran y constituyen la base o andamiaje de nuestra Constitución Política que es la Carta fundamental de la República a la cual están subordinadas las demás leyes y deben obediencia y cumplimiento estricto los poderes del Estado, los organismos y gobierno, y los funcionarios públicos. La Ley de Amparo regula los Recursos de Inconstitucionalidad, de Amparo y de Exhibición personal, que en su conjunto constituyen el control constitucional. La interpretación de que la violación de una simple formalidad pueda hacer que los magistrados encargados de velar por ese control de la constitucionalidad, se vean impedidos de analizar un Recurso de Amparo y de resolverlo a favor del recurrente, máxime cuando tal violación es evidente, es totalmente inadmisibile.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NICARAGUA (Sala de lo Constitucional), sentencia del 14-7-1999, n° 146, en *Justicia*, ed. Poder Judicial de Nicaragua, Managua, 1999, n° 18, junio-julio, p. 53.

ADOPCION. DERECHO A LA IDENTIDAD. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: el cónyuge en segundas nupcias de la madre de sangre de un menor, solicitó la adopción plena de éste. La Cámara de Apelaciones sólo concedió la adopción simple. El adoptante, entonces, planteó un recurso extraordinario ante la Corte Suprema, con base en que la decisión violaba el interés superior del menor, prevista en la Convención sobre los Derechos del Niño, y la garantía de igualdad ante la ley consagrada por la Constitución Nacional.

2. Sentencia:

En primer lugar, corresponde recordar la jurisprudencia según la cual la declaración de inconstitucionalidad de un disposición legal, constituye la más delicada de las funciones susceptibles de ser encomendadas a un tribunal y configura un acto de suma gravedad. Por ello, dicha declaración sólo cabe formularla si un acabado examen de la norma conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o garantía constitucional invocado.

En tal sentido, la adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, por lo que aquél deja de pertenecer a su familia biológica, extinguiéndose el parentesco con los integrantes de ésta. Luego, acceder a lo petitionado por el recurrente violaría la finalidad perseguida por la disposición aludida que es, precisamente, proteger el vínculo existente entre el adoptado y su progenitor de sangre, lo cual se compadece con el derecho del menor a preservar su verdadera identidad, que le ha sido reconocido en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El art. 3 de la Convención mencionada ha quedado plasmado en la disposición impugnada, pues el interés superior del niño determina que se preserve su identidad de filiación y sus lazos de sangre que, en el caso, están dados por la relación con su madre, con quien convive desde su nacimiento.

Tampoco la decisión apelada menoscaba la garantía de la igualdad, pues el régimen de adopción no contiene una clasificación arbitraria o subjetiva de los menores que pueden ser adoptados plenamente, sino que responde a circunstancias especiales de cada caso, dando preeminencia al interés superior de los menores comprendidos en dicho régimen.

Por tanto, no es inconstitucional ni viola la Convención sobre los Derechos del Niño, la norma del Código Civil que establece que la adopción del hijo del cónyuge será de carácter simple.

Nota de la Secretaría: la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 tiene jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia (art. 75.22 de la Constitución).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (un juez formuló un voto concurrente y otro juez un voto en disidencia parcial), sentencia del 30-6-1999, I.109.XXXIII, *Izaguirre, Ezequiel*

Homero s/ adopción.

ARBITRAJE (FRANCIA).

Del principio de validez de la cláusula de arbitraje internacional y de aquel según el cual corresponde al árbitro resolver su propia competencia, resulta que la jurisdicción local es incompetente para determinar, a título principal, la validez de la cláusula de arbitraje, y que el art. 2061 del Código Civil no resulta aplicable en el orden internacional.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala 1° Civil), sentencia del 5-1-99, *M. Zanzi c/J de Coninck et autres*, en *Revue de l'arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, París, 1999, n 2, p. 260.

BIENES CULTURALES. SEPARACIÓN DE ESTADO E IGLESIA (CROACIA).

1. Antecedentes del caso: el ex presidente de la comunidad judía de Dubrovnik fue demandado por negarse a devolver objetos de la Sinagoga. Ni el tribunal de primera instancia, ni la Cámara de apelaciones, ni la Corte Suprema le dieron la razón. Frente a la Corte Constitucional, planteó que la Constitución separa a las comunidades religiosas del Estado.

2. Sentencia:

El art. 41 de la Constitución, por el cual las comunidades religiosas están separadas del Estado, no excluye la competencia de los tribunales estatales en las controversias sobre objetos religiosos que son elementos protegidos del patrimonio cultural.

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 11-6-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 416.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ALCANCES. ACTOS DE GOBIERNO (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: el peticionante solicitó al Consejo de Estado la anulación del decreto del 10 de febrero de 1998 mediante el cual el Primer Ministro, en el marco de las disposiciones del artículo L.O. 144 del Código Electoral, encomendó al diputado de

Bouches-du-Rhone una misión temporaria junto al Secretario de Estado de Industria.

2. Sentencia: el art. L.O. 142 del Código Electoral dispone en su primer párrafo que el ejercicio de funciones públicas no electivas resulta incompatible con el cargo de diputado. Por su parte, el art. L.O. 144 del mismo Código autoriza a no aplicar dicha regla a las "personas a quienes el gobierno encomienda una misión temporaria", las cuales pueden acumular el cumplimiento de esta última función con el de su cargo parlamentario durante un plazo no mayor de seis meses.

El decreto mediante el cual el Primer Ministro encarga a un legislador una misión a cumplir para o dentro de un organismo, constituye el primer acto de ejecución de una misión administrativa de la cual el legislador se encuentra temporariamente investido; dicho acto, que es separable de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo organizadas por la Constitución, reviste el carácter de una decisión administrativa susceptible de ser objeto de un recurso por abuso de poder. Por lo tanto, el legislador aquí en cuestión carece de fundamento al sostener que la impugnación en análisis debería ser rechazada con base en que ha sido planteada ante una autoridad que carece de competencia para resolverla.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 25-9-1998, en *Revue française de droit administratif*, ed. Dalloz, 1999, marzo-abril, p. 355, con nota de **BAGHESTANI-PERREY, Laurence** y **VERPEAUX, Michel**, pp. 345/354.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ALCANCES. JUICIO DE RELEVANCIA. PRESUPUESTO (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: contra el Real Decreto 1453/1989 sobre provisión de plazas sanitarias en los Equipos de Atención Primaria del Instituto Nacional de la Salud, el Procurador de los Tribunales, en nombre del Consejo General de Colegios Oficiales Médicos, interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo. Una vez concluido el procedimiento, el Tribunal Supremo acordó oír a las partes y al Ministerio fiscal para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 39.5 de la ley 37/1988 de Presupuestos Generales del Estado para 1989, como precepto habilitante del Real Decreto cit., por entender que podía ser contrario a los arts. 66.2 y 134.2 de la Constitución (CE), al no concurrir los requisitos explicitados en la STC 76/1992 para que la regulación en una ley de Presupuesto de una materia distinta a su núcleo mínimo, necesario e indispensable (previsión de ingresos y habilitación de gastos) sea constitucionalmente legítima. Oídas las partes, la Sala Tercera

del Tribunal Supremo planteó ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad del precepto mencionado.

2. Sentencia:

2.1. En primer lugar, debemos recordar que, como declaramos en la STC 337/1994, "nos encontramos, pues, ante un supuesto en el que el llamado juicio de relevancia ofrece matices singulares", dado que "el proceso previo tiene por objeto la impugnación de una disposición general cuya constitucionalidad es dudosa para el órgano judicial porque dudosa es para este mismo órgano la adecuación a la Constitución de la ley que el reglamento viene a ejecutar o desarrollar". Pero en esta misma decisión se ha dicho que ello no priva de sentido al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues "es claro que también en estos casos el proceso judicial no puede resolverse si antes no se despeja la duda acerca de la adecuación o no a la Constitución de los preceptos legales que las normas reglamentarias desarrollan o ejecutan" (STC 76/1990 y 183/1992).

2.2. Como señalamos en el ATC 14/1993, que resolvió el recurso de súplica interpuesto contra la providencia por la que se admitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad donde se planteaba un problema relativamente similar al ahora examinado, "no corresponde... a este Tribunal terciar en esa cuestión de estricta legalidad ordinaria, salvo que carezca manifiestamente de fundamento, extremo éste que no se da en el presente caso, como lo demuestra el hecho de que la ley ahora cuestionada había sido invocada por las partes en el proceso a quo como ley aplicable en el proceso contencioso-administrativo. En cualquier caso -se sigue afirmando-, no es preciso, ni pertinente que, correspondiendo al órgano judicial en el ejercicio de la función que constitucionalmente le corresponde (art. 117.3 CE) interpretar los requisitos ordenadores de los procesos propios de su jurisdicción, este Tribunal Constitucional, con la excusa de constatar el carácter de norma *decidendi* de la norma legal cuestionada, se adentre a sustituir o rectificar el criterio del órgano jurisdiccional proponente que, aun pudiendo ser discutible, no resulta irrazonable o radicalmente infundado. De este modo -se concluye-, siendo claro que la negación de la aplicabilidad de los preceptos legales cuestionados sólo sería posible mediando una interpretación de este Tribunal de signo contrario a la mantenida por el órgano judicial proponente, y que esa interpretación, que no necesariamente es la única posible y ajustada a derecho, sólo al órgano judicial compete en principio efectuarla, debe concluirse que no es apreciable la existencia de juicio de relevancia en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues, no siendo rechazable *a limine* la tesis de la aplicabilidad de los preceptos legales cuestionados, la inconstitucionalidad, en su caso, de éstos tendría directa incidencia en la resolución del recurso, según se desprende con facilidad de lo razonado en el mismo auto". Estas mismas circunstancias se dan en las presentes cuestiones de inconstitucionalidad y por ello debemos, ahora como entonces, rechazar la objeción procesal suscitada.

2.3. Con el fin de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los preceptos legales impugnados, debemos traer a colación la doctrina que sobre los límites constitucionales al contenido material de las leyes de presupuestos ha elaborado este Tribunal en una relativamente amplia serie de resoluciones, que se inician con la STC 27/1981 y que tras las SSTC 63/1986, 65/1987, 126/1987 y 65/1990, culminan con la STC 76/1992, cuya doctrina ha sido posteriormente reiterada en las SSTC 178/1994, 195/1994 y 16/1996, con las modulaciones introducidas por la STC 61/1997 (fundamento jurídico 2º, b), que no son de aplicación al caso y, respecto de las Leyes de Presupuestos de las Comunidades Autónomas, la STC 174/1998. De acuerdo con esta doctrina, la Ley de Presupuestos aparece, en primer lugar, como una verdadera ley, lo cual no ha impedido subrayar su peculiaridad consistente en que el ejercicio del poder legislativo por las Cortes Generales está condicionado en estos casos por las disposiciones contenidas en los apartados 1º, 6º y 7º del art. 134 de la Constitución y por las restricciones impuestas a su tramitación parlamentaria por los Reglamentos de las Cámaras. Estas peculiaridades derivan, a su vez, de la función que el art. 134.2 CE atribuye a estas leyes: se trata de las leyes que cada año aprueban los presupuestos generales del Estado, incluyendo la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y la consignación del importe de los beneficios fiscales que afectan a los tributos del Estado. De aquí que, al mismo tiempo, aparezcan como un instrumento de dirección y orientación de la política económica del Gobierno.

2.4. Estas peculiaridades de la Ley de Presupuestos condicionan su posible contenido. Debe, en concreto, distinguirse entre un contenido mínimo, necesario e indisponible, constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, y un contenido posible, no necesario y eventual, constituido por materias distintas a ese núcleo esencial, que no siendo estrictamente presupuestarias inciden en la política de ingresos y gastos. Por lo que a este contenido eventual se refiere, su inclusión sólo es válida si se dan dos condiciones: la conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes y la justificación de la inclusión de esa materia conexa en la ley que aprueba anualmente los presupuestos generales del Estado. En cuanto a la primera condición, hemos señalado, asimismo, que debe tratarse de una relación directa con los gastos e ingresos que constituyen estrictamente el presupuesto, o con los criterios de política económica general del que dicho presupuesto es el instrumento. Y respecto de la segunda, que la justificación se produce cuando la materia incluida aparece como un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno. La inclusión de materias en las que no se dan esas condiciones en la ley anual de presupuestos puede ser contraria a la Constitución, por suponer una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional y por afectar el principio de seguridad jurídica, debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo origina.

2.5. Examinadas las disposiciones recurridas a la luz de la doctrina antes resumida,

es claro que el establecimiento de reglas para la cobertura de plazas del personal sanitario no integra el núcleo mínimo, necesario e indispensable de la Ley de Presupuestos. Pero, por otra parte, tampoco puede considerarse que se trate de materias propias del contenido eventual, pues, como enseguida veremos, no concurren ninguna de las dos condiciones exigidas por nuestra jurisprudencia. En primer lugar, no puede apreciarse una relación directa de la normativa objeto de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad con los gastos e ingresos que integran el presupuesto o con los criterios de política económica de la que éste es el instrumento. Las disposiciones recurridas responden al deseo de reestructurar y racionalizar el sistema sanitario de atención primaria y, para ello, contienen un mandato para que el Ejecutivo regule los procedimientos de cobertura de las plazas por parte del personal sanitario, estableciendo las pautas generales a que tales procedimientos deben responder. Es evidente, por tanto, que carecen de toda relevancia desde el punto de vista de los ingresos del Estado. Tampoco puede admitirse que tengan una relación directa con la previsión del gasto.

2.6. En el presente supuesto, ni la lectura de los preceptos impugnados, ni de su integración en las correspondientes leyes de presupuestos se deduce que su inclusión en éstas se deba precisamente a la incidencia en el gasto público o que responda a los criterios de política económica que inspiran el presupuesto. El art. 39.5 a), de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988 tiene un alcance bien preciso: la reorganización de los sistemas de atención primaria, y, más concreto, del personal a su servicio, contenido por sí mismo ajeno a la previsión de ingresos y gastos. No se trata, por tanto, de una regulación global de los centros de salud, y ni siquiera de una reestructuración de las plantillas motivada fundamentalmente por razones de tipo económico. La conclusión alcanzada es aún más clara en el caso del art. 34.4 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990.

Por todo ello, estamos ante normas que establecen nuevos sistemas de selección del personal que debe integrar los equipos de atención primaria y que no pueden entenderse tengan una relación directa con los ingresos y gastos o con los criterios que definen la política económica del Ejecutivo "salvo que se adopte un concepto desmesurado y por tanto inoperante de los instrumentos directamente relacionados con los criterios que definen la política económica del Gobierno" (STC 195/1994, fundamento jurídico 3º).

Los arts. 39.5 a) de la Ley 37/1988 y 34.4 de la Ley 4/1990 resultan, en consecuencia, inconstitucionales, por contravenir lo dispuesto en el art. 134.2 CE.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 15-10-1998, nº 203/1998, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 52, septiembre-diciembre de 1998, p. 340.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. CONTRATOS CELEBRADOS POR EL PODER LEGISLATIVO (FRANCIA).

La sociedad Gilaudy Electronique pidió al tribunal administrativo la anulación de decisiones relativas al otorgamiento de dos acuerdos sobre la instalación y la explotación de los equipos audiovisuales de la Asamblea Nacional.

Los acuerdos celebrados por las asambleas parlamentarias con vistas a la realización de obras públicas de carácter general tienen el carácter de contratos administrativos. Por lo tanto, y sin que a este efecto constituyan obstáculos las disposiciones del art. 8 de la ordenanza del 17 de noviembre de 1958, compete a la jurisdicción administrativa conocer en las impugnaciones de las decisiones mediante las cuales los departamentos de dichas asambleas proceden, en nombre del Estado, a suscribir los mencionados convenios. Lo mismo resulta aplicable a las decisiones sobre los acuerdos suscriptos con vistas a la explotación de las instalaciones de las Asambleas cuando dichos acuerdos tienen el carácter de contratos administrativos.

De lo expuesto resulta que el Presidente de la Asamblea Nacional carece de fundamento al sostener que la jurisdicción administrativa no es competente para conocer estas demandas.

Nota de Secretaría: la presente decisión implica un cambio en la jurisprudencia mantenida, por más de un siglo, por el Consejo de Estado.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 5-3-1999, en *Revue française de droit administratif*, ed. Dalloz, 1999, marzo-abril, p. 344, con nota de **BERGEAL, Catherine**, pp. 333/343.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS. DEMORA JUDICIAL. GARANTÍAS PROCESALES. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DEBER DE INVESTIGAR (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS- ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: el denunciante ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) invocó la violación de los arts. 4 (vida), 5 (integridad personal), 7 (libertad y seguridad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (recursos efectivos) todos en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los hechos en juego se relacionan con la detención policial y muerte durante ésta de Walter Bulacio, de 17 años, y al desarrollo del proceso judicial a que ello dio lugar.

2. Decisión:

2.1. Contexto

La Policía Federal, en un operativo programado, detuvo a 73 personas con motivo de hallarse en las inmediaciones de un estadio, lugar donde se realizaba un recital de música rock, encontrándose la totalidad de las entradas agotadas, motivo por el cual permanecían en el lugar sin causa justificada. Según los testimonios, varias de dichas personas “fueron golpeadas por los agentes policiales y mucho antes de comenzar el recital, había en el lugar un importante despliegue policial...” (párr. 2).

A pesar de que entre los detenidos se encontraban menores, sus detenciones no fueron notificadas al Juez Correccional de Menores de turno porque, según el informe del comisario actuante, éste actuó oficiosamente aplicando el Memorándum N° 40 de la Dirección de Asuntos Judiciales de la Policía Federal, del 19 de abril de 1965 (párr. 3).

Dicho Memorándum contravenía parcialmente lo establecido en la ley 10.903 de 1919 que regula el Patronato de Menores, la cual excluye expresamente la competencia policial en materia de faltas y contravenciones de menores, área en la que sólo son competentes los jueces correccionales afectados a esta ley (párr. 4).

Con motivo de estos hechos, el Estado ha dejado sin efecto el Memorándum N° 40. Posteriormente, se reformó el Código Procesal en materia Criminal, se dictó la Constitución Nacional de 1994, y el 1 de octubre de 1996 entró en vigencia la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, cuyos arts. 10 y 13 garantizan la libertad de las personas prohibiendo que los funcionarios realicen, entre otras actuaciones, tomar declaraciones de los detenidos ante la autoridad policial, incomunicar al detenido, establecer la peligrosidad sin delito y detener preventivamente en materia contravencional (párr. 5).

2.2. Admisibilidad

2.2.1. Agotamiento de los recursos internos

El Estado tiene la carga de la prueba sobre el agotamiento de los recursos en cada caso, conforme con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y su efectividad -caso *Velásquez Rodríguez*, excepciones preliminares, 26-6-1987- (párr. 39).

El Estado no ha controvertido que ha habido demora en la tramitación del proceso penal que se adelanta para investigar los hechos, sino que éste ha sido justificado por diferentes razones, entre ellas, “el ejercicio del derecho a la defensa por parte del procesado y el interés de que se haga justicia” (párr. 40).

Al respecto, la Comisión observa que desde abril de 1991 hasta la fecha, han pasado más de siete años. Como se desprende de la enunciación de los trámites realizados en Argentina para determinar las circunstancias de la detención y muerte del Walter Bulacio, la investigación no ha dado resultados que impongan un castigo a los responsables. Por lo

tanto, prima facie, existe un retardo injustificado en la decisión definitiva del presente caso (ídem).

“Siendo aplicable una de las excepciones del agotamiento de los recursos internos, la establecida en el art. 46.2.c de la Convención Americana, la Comisión considera innecesario pronunciarse sobre la excepción prevista en el art. 46.2.a” (párr. 41).

2.2.2. Caracterización de violaciones de los derechos garantizados

La Comisión considera que, en principio, la exposición del peticionario se refiere a presuntos agravios que podrían caracterizar una violación de los derechos garantizados en los arts. 4, 5, 7, 8, 25 y 1.1 de la Convención.

2.2.3. El caso resulta, por ende, admisible.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 25/98, caso 11.752, *Walter David Bulacio - Argentina*, 5-5-1998, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998*, vol. I, Washington, 1999, p. 50.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS. PLAZO DE SEIS MESES. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DEBER DE INVESTIGAR (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-BRASIL).

1. Antecedentes del caso: en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión), se alegó la violación del derecho a la vida (art. 4), en conjunción con la obligación de garantizar y respetar los derechos protegidos (art. 1.1), previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), en perjuicio de C.R.G. y otras trece personas cuyos cadáveres no fueron identificados, muertos en la Favela Nova Brasília (Río de Janeiro, Brasil), durante una operación de la policía civil del Estado de Río de Janeiro (8-5-1995). El Estado sostuvo que los agentes policiales actuaron en cumplimiento de su deber y que no se habían agotado los recursos internos.

2. Decisión:

2.1. Admisibilidad

2.1.1. Agotamiento de los recursos internos

El peticionario ha señalado al momento de la denuncia, que ya se había excedido el plazo legal para completar la investigación sin que ésta hubiera sido concluida. Por su parte, el Estado sostuvo, en la audiencia de octubre de 1966, que se seguía investigando, no habiendo manifestado con posterioridad que la investigación se hubiera concluido (párr. 13).

A más de tres años de ocurridos los hechos, no existe alegación alguna por parte del Estado de que se haya completado la investigación. La Corte Interamericana de Derechos

Humanos se ha pronunciado con respecto a la obligación del Estado de investigar los actos violatorios de derechos humanos protegidos por la Convención: "... investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es cumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa" (Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29-7-1988, párr. 177) (párr. 14).

La Comisión considera que "el procedimiento de investigación se ha alargado excesivamente, sin ningún indicio que la misma se haya completado satisfactoriamente". Acoge, por ende, "la hipótesis de excepción de agotamiento de los recursos internos establecidos en el art. 46.1 de la Convención, basada en el atraso injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos prevista en los arts. 46.2.c de la Convención y 37.2.c del Reglamento de la Comisión" (párr. 15).

2.1.2. Puntualidad de la presentación

La Comisión considera que es aplicable al caso el art. 38.2 de su Reglamento: En las circunstancias previstas en el artículo 37, párrafo 2 del presente Reglamento, el plazo para la presentación de una petición a la Comisión será el período de tiempo razonable, a criterio de la Comisión, a partir de la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos, considerando las circunstancias de cada caso concreto (párr. 16).

La petición fue presentada cinco meses después de ocurridos los sucesos, "a raíz de que la investigación que debía completarse en 30 días no lo había sido, ni había sido autorizada judicialmente su extensión". La petición fue reiterada con posterioridad en las audiencias de marzo y octubre de 1996, dado que la investigación, como lo reconoció el Gobierno, no había sido completada. En consecuencia, la petición fue presentada dentro de un plazo razonable dadas las características del caso (párr. 17).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 78/98, caso 11.566, *Favela Nova Brasilia - Brasil*, 25-9-1998, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998*, vol. I, Washington, 1999, p. 70.

CONVENCIONES COLECTIVAS. PRESTACIONES Y BENEFICIOS CONSAGRADOS EN LAS NEGOCIACIONES. EFECTOS (COLOMBIA).

Nada impide que dentro de la libertad contractual que caracteriza al convenio colectivo de trabajo, las partes acuerden, en la medida en que no afecten el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores por las leyes laborales, la naturaleza y los efectos que para las relaciones individuales de trabajo tendrán los beneficios y prestaciones que hayan sido instituidos como resultado del proceso de negociación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA (Sala de Casación Laboral), S.C. 05-02-99, Rad. 11389, en *Corte Suprema*, Santafé de Bogotá DC., Revista n° 7, enero-marzo de 1999, p. 6.

DECRETOS. LEGALIDAD (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: en el litigio se puso en cuestión la legalidad de un decreto de 1954, dictado según una ley de 1948 que atribuía al Poder Ejecutivo la reglamentación de determinadas materias, con base en que dicha ley resultaba incompatible con la distribución de las competencias legislativas y reglamentarias establecida por la Constitución de 1958. El peticionario había requerido al Primer Ministro la derogación de una determinada norma del citado decreto. Posteriormente, planteó ante el Consejo de Estado la anulación por exceso de poder de la decisión implícita de rechazo derivada del silencio guardado por dicho funcionario durante más de cuatro meses.

2. Decisión:

2.1. La autoridad competente no debe admitir una petición tendiente a la derogación de un reglamento salvo que éste fuese ilegal al momento de su dictado, o que dicha ilegalidad resultara de un cambio de las circunstancias de derecho o de hecho posteriores a la mentada oportunidad.

2.2. El silencio mantenido durante el plazo de cuatro meses constituye una decisión de rechazo implícita.

2.3. Si la distribución de las competencias entre la ley y el reglamento producida por la Constitución (de 1958, arts. 34 y 37) tuvo por consecuencia derogar una ley, y si ello, en su caso, pudo influir sobre las condiciones bajo las cuales una norma legislativa dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución es susceptible de ser modificada, ello no constituiría, por sí, un cambio de las circunstancias de derecho que afectarían la legalidad de un reglamento adoptado con anterioridad a dicha entrada en vigor.

Nota de la Secretaría: respecto del punto 2.3., cabe recordar la sentencia 11/81 del 8-4-1981, del Tribunal Constitucional de España, en el que se planteó si, después de la entrada en vigor de la Constitución española, el derecho de huelga, que es un derecho consagrado por esta última, puede quedar regulado válidamente por medio de un Real Decreto-Ley de 1977, pues el art. 28.2 de la Constitución establece una remisión a la ley (la ley que regule este derecho...). El Tribunal sostuvo que no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior, especialmente cuando la fuente de Derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación. Lo anterior quiere decir que no

existen motivos para considerar que el Real Decreto-Ley de 17/77 sea inconstitucional por razones referentes a su forma de producción. No quiere decir, en cambio, que el Real Decreto-Ley pueda en lo sucesivo considerarse plenamente asimilado a una ley orgánica o investido del carácter de ley orgánica, ni tampoco que pueda cumplir el papel de la norma de integración a la que la Constitución se remite, pues ésta tendrá que ser siempre una Ley Orgánica y el legislador, para dar cima al desarrollo de la Constitución, habrá de confeccionar y elaborar esa Ley Orgánica. Con las anteriores salvedades, puede decirse que la regulación legal del derecho de huelga en nuestro país está contenida en el mencionado Real Decreto-Ley, en cuanto no sea contrario a la Constitución y en tanto no se dicte una nueva regulación por medio de Ley Orgánica (*Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, 1980-81, tomo 1, p. 174, 187/188). En este pronunciamiento, el Tribunal también sostuvo que los jueces ordinarios pueden no aplicar aquellas normas anteriores a la Constitución que consideren derogadas por ésta.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, decisión del 3-2-1999, *Nodière*, en *Revue française de Droit constitutionnel*, ed. Puf, 1999, n° 39, p. 626, con nota de **TREMEAU, Jérôme**, “La constitutionnalité des règlements antérieurs à la Constitution”, p. 615.

DEMORA JUDICIAL. SOBRECARGA DE TRABAJO. OBLIGACIONES DEL ESTADO (REPÚBLICA CHECA).

1. Antecedentes del caso: el actor presentó una queja ante la Corte Constitucional contra el Tribunal de Comercio de su región, ya que éste habría violado el derecho contenido en el art. 38.2 de la Carta de los derechos fundamentales y libertades de "que se examine su caso en un plazo razonable". Desde enero de 1994, fecha en que el actor inició su demanda ante el tribunal de primera instancia en lo comercial para cobrar una deuda impaga, hasta agosto de 1998, oportunidad en que planteó la queja, todavía no había celebrado ninguna audiencia, aun cuando en el ínterin otros asuntos habían sido resueltos de manera más rápida.

2. Sentencia:

Corresponde al Estado organizar el Poder Judicial de manera de respetar los principios relativos a éste, enunciados en la Carta de los derechos y libertades fundamentales. Por consiguiente, no debe existir ninguna falla que perjudique a quienes tienen derecho a que se les protejan sus derechos en un plazo razonable. La sobrecarga de la justicia no es una excusa válida para que un tribunal no respete el derecho fundamental de las personas a que su caso sea estudiado sin retardos inútiles.

El Tribunal de Comercio argumentó, primeramente, que no se había retrasado en

resolver el caso. Posteriormente, sostuvo que si el retraso resultara excesivo, el motivo era de público conocimiento, a saber, que los tribunales estaban sobrecargados de trabajo.

Corresponde rechazar el argumento. En efecto, tal como fue resuelto en casos anteriores, la sobrecarga de causas no justifica que se deje de respetar el derecho fundamental del individuo a "que se examine su caso en un plazo razonable". En consecuencia, debe ordenarse que el litigio sea examinado sin más demora.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA CHECA, sentencia del 3-9-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 481.

DERECHO A LA IDENTIDAD. IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: en su recurso ante la Corte Suprema, la actora consideró que el art. 259 del Código Civil era violatorio de la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto le impedía impugnar la paternidad de su hijo nacido durante el matrimonio, presumida por la ley en la persona del marido. Sostuvo, asimismo, que la citada norma contradecía el art. 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en relación con el derecho a la identidad, de raíz constitucional y reconocido en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2. Sentencia:

Para el citado art. 259, sólo tiene legitimación al respecto, el marido -y, en ciertos supuestos, sus herederos- y el hijo en todo tiempo.

Según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado argentino asumió el compromiso de no introducir en el ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley. Asimismo, la garantía constitucional de la igualdad se opone a toda situación que trate a un grupo determinado con hostilidad y que lo excluya del goce de derechos que se reconocen a otros en circunstancias similares.

Por otro lado, habida cuenta de los términos del art. 16.1.d de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la acción en juego, que el Código Civil atribuye al marido y no a la esposa y madre del niño, está evidentemente "relacionada" con el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad, derecho que, si bien no es absoluto, goza de jerarquía constitucional.

Empero, no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existen desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma.

En tal sentido, el Estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de los parámetros mencionados, puede legítimamente formular por imperativos de bien común. La paternidad y la maternidad no son absolutamente iguales y, por ello, el legislador puede contemplar razonables diferencias.

El art. 259 del Código Civil no se funda en un privilegio masculino sino que suministra al marido la vía legal para destruir una presunción legal –que obviamente no pesa sobre la mujer, puesto que su maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido- desligándose así de las obligaciones de una paternidad que le es ajena.

Asimismo, la presunción de paternidad legítima, que es uno de los pilares fundamentales en que se asienta el derecho de filiación matrimonial, se funda en el valor institucional de la familia legítima y en la necesidad de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio. Los instrumentos internacionales de derechos humanos que se hallan en juego en esta causa contienen manifestaciones evidentes, por un lado, de la valoración de la familia, constituida como realidad indispensable al bien personal y al bien común, y, por el otro, del margen de apreciación de las autoridades nacionales para regular los medios de protección de la institución familiar, protección que, indudablemente, debe mantener equilibrio con la tutela de otros valores esenciales. De esta tensión entre el imperativo de asegurar el acceso al conocimiento del vínculo biológico y el de mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares, conforme a la valoración efectuada por el legislador, surgió la ampliación al hijo de la legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad, consagrada en 1985 (ley 23.264).

En suma, el citado art. 259 satisface el juicio de compatibilidad constitucional y plasma una reglamentación posible de los valores en tensión. Una distinta composición de dichos valores podrá ser eventualmente establecida por el Poder Legislativo, como lo han hecho, v.gr., otros países que no extienden a la madre la acción de impugnación de la paternidad sino que le confieren una acción diferente, configurados determinados requisitos, como es el caso del art. 318 del Código francés vigente.

Por lo demás, la negación de la acción a la madre no produce efectos definitivos sobre la filiación impugnada, ya que dicha acción queda abierta al principal interesado, que es precisamente el hijo.

Por todo lo expuesto, la falta de legitimación activa de la madre para deducir por derecho propio la acción de impugnación de paternidad matrimonial no es discriminatoria, y no viola la Constitución Nacional, ni los instrumentos mencionados en los antecedentes

del caso.

Nota de la Secretaría: la cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos corresponde al caso: *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19-1-1984, Serie A, N° 4, párrafos 56/58. La Corte también citó la sentencia *Kroon et autres c. Pays-Bas* del 27-10-1994, Serie A n° 297-C, de la Corte Europea de Derechos Humanos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (tres jueces votaron en disidencia), sentencia del 1-11-1999, D.401.XXXIII, *D. de P. V., A. c/ O., C. H. s/ impugnación de paternidad*.

DERECHO A LA IGUALDAD. EDAD. LEY. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA (HOLANDA).

El artículo 2:252 del Código Civil, que fija en 72 años el límite de edad para ser integrante del Consejo de Vigilancia de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, no constituye una injustificada discriminación en razón de la edad en el sentido del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Sin embargo, como lo muestra la evolución que derivó en la presentación de un proyecto de ley que prohíbe toda discriminación fundada en la edad en la selección de empleados, el clima social cambió desde la promulgación del “antiguo” art. 50.b del Código de Comercio y del art. 2:252 del Código Civil. Es probable, entonces, que una distinción que se funde en la edad será considerada socialmente injustificada.

Con todo, no es posible afirmar que la imposición de un límite de edad para ciertos puestos sea incompatible con la concepción que tiene una parte importante de la población sobre lo que es derecho. En este sentido, la evolución descripta no significa que la disposición legislativa en cuestión haya perdido su justificación.

CORTE SUPREMA DE HOLANDA, sentencia del 8-5-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 469.

DERECHO A LA IGUALDAD. INSANOS (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: Winko es esquizofrénico y fue acusado de agresión personal agravada y de otros delitos, pero se lo juzgó criminalmente inimputable. Conforme

a lo dispuesto en el art. 672.54 del Código Penal, un tribunal o comisión revisor puede conceder a estos acusados la libertad incondicional, la libertad condicional o detenerlos en un hospital. La comisión revisora le otorgó la libertad condicional. Winko recurrió a la Cámara de Apelaciones, alegando que la norma mencionada viola el principio de justicia fundamental y la igualdad ante la ley, garantizados por la Declaración de Derechos y Libertades (Declaración). La Cámara desestimó su apelación. En este estado, Winko apeló a la Suprema Corte.

2. Sentencia: se desestima la apelación.

El art. 672.54 no crea una presunción de peligrosidad y no exige a las personas acusadas que la refuten. Conforme a dicho artículo, el tribunal o comisión revisor deben ordenar la liberación incondicional de este tipo de acusados cuando no generen un riesgo importante a la seguridad pública. En caso contrario, y debiendo elegir entre la libertad condicional y la detención, el tribunal o comisión revisor debe optar por el medio menos costoso y menos restrictivo para el acusado.

La disposición impugnada no viola el principio de justicia fundamental garantizado por el art. 7 de la Declaración. La expresión "riesgo importante para la seguridad pública" tiene suficiente precisión como para permitir el debate judicial y por lo tanto no es inconstitucionalmente vaga.

Por otra parte, el régimen no tiene un alcance excesivo. El art. 672.54 no viola el párrafo 15(1) de la Declaración ya que el diferente tratamiento acordado a personas insanas no refleja la aplicación estereotipada de presuntas características personales o grupales.

Nota de la Secretaría: en igual fecha, el tribunal resolvió los casos *Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, *R. v. LePage* y *Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, en los que remite a la presente causa.

SUPREMA CORTE DE CANADA, sentencia del 17-6-99, *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal.

DERECHO A LA INTIMIDAD. ALLANAMIENTOS Y REGISTROS. LIBERTAD DE PRENSA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: al ingresar al domicilio de los peticionantes a ejecutar una orden de arresto contra el hijo de éstos, los *marshals* federales y los *sheriffs* locales invitaron a un periodista y a un fotógrafo a que los acompañaran. En la orden de arresto no

había ninguna mención a "ir con" (*ride along*) periodistas. La inspección hecha por los funcionarios en dicho domicilio, a horas tempranas de la mañana, demostró que el hijo no estaba allí. Los reporteros observaron y fotografiaron el incidente pero no intervinieron en la ejecución de la orden judicial, y su periódico publicó las fotografías. Los peticionantes promovieron una acción de daños y perjuicios contra los policías a título personal, fundando la iniciada contra los *marshals* federales en *Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents* (403 US 388 -1971-), y la articulada contra los policías locales en la Sec. 1983 del Título 42 del Código de los Estados Unidos. Alegaron que los funcionarios habían violado los derechos que les acuerda la IV Enmienda al llevar periodistas para que observaran y registraran el cumplimiento de la orden de arresto. El tribunal de distrito rechazó la solicitud formulada por los policías de que resolviera la cuestión como de puro derecho con base en su inmunidad calificada. Al revocar esta sentencia, la Cámara de Apelaciones se negó a decidir si las acciones de los funcionarios violaban la IV Enmienda, pero llegó a la conclusión de que el derecho invocado por los accionantes no estaba "claramente establecido" porque, en el momento en que se realizó la diligencia, ningún tribunal había resuelto que la presencia de los medios cuando la policía ingresaba a un domicilio violaba los mencionados derechos constitucionales. Por lo tanto, juzgó que los policías gozaban de inmunidad calificada. En este estado, los accionantes presentaron un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: el ingreso de periodistas a un domicilio, en este tipo de circunstancias (*media "ride along"*), viola la IV Enmienda. Sin embargo, como el estado del derecho no estaba claramente establecido al tiempo de los hechos, los policías gozan de inmunidad calificada.

a) El análisis de la inmunidad calificada es idéntica en los casos fundados en la Sec. 1983 y en *Bivens*. Ver, e.g. *Graham v. Connor* (490 US 386, 394, n. 9 -1989-). Un tribunal que evalúa una invocación de inmunidad calificada debe, en primer lugar, establecer si la contraparte ha alegado la violación a un derecho constitucional y, en caso afirmativo, determinar si ese derecho estaba claramente establecido al tiempo en que se produjo dicha violación constitucional, *Conn v. Gabbert* (526 US ... -1999-).

b) Viola los derechos que la IV Enmienda acuerda a los dueños de casa la decisión de la policía de llevar a periodistas o a otras terceras personas a su domicilio durante la ejecución de una orden judicial, cuando la presencia de dichos terceros no tiene por objeto ayudar a la ejecución de la orden. La Enmienda incorpora principios centenarios de respeto a la privacidad del hogar, que se aplican cuando, como aquí, la policía ingresa a un domicilio privado para ejecutar una orden de arresto contra la persona identificada en dicha orden, *Payton v. New York* (445 US 573, 602/604 -1980-). De la circunstancia de que los funcionarios estuvieran legitimados para ingresar al hogar de los peticionantes no se sigue necesariamente que tuvieran derecho a llevar a un periodista y a un fotógrafo con ellos. La

IV Enmienda requiere que las acciones de la policía al ejecutar una orden judicial estén vinculadas a los objetivos de la intrusión autorizada. Ver e.g. *Arizona v. Hicks* (480 US 321, 325 -1987-). Ciertamente, la presencia de periodistas, que no intervinieron en la ejecución de la orden ni ayudaron a la policía en su tarea, no estaba relacionada con los objetivos de la intrusión autorizada, a saber, la detención del hijo de los peticionantes. Consideradas en su integridad, las razones esgrimidas por los apelados para justificar la presencia de los reporteros -publicitar los esfuerzos del gobierno para luchar contra el crimen, facilitar los informes fidedignos sobre las actividades de aplicación de la ley, minimizar el abuso de la policía y proteger a los sospechosos y a los funcionarios- resultan insuficientes para justificar la presencia de los medios. Si bien la presencia de terceros durante la ejecución de una orden judicial, en algunas circunstancias, puede ser admisible constitucionalmente, la presencia de estos terceros no lo fue.

c) El derecho que la IV Enmienda otorga a los peticionantes no estaba claramente establecido al tiempo en que se hizo la diligencia. "Claramente establecido" significa, a los fines de la inmunidad calificada, que los alcances del derecho estén suficientemente claros como para que un funcionario razonable comprenda que lo que está haciendo viola ese derecho. No es necesario que su acción misma haya sido declarada ilícita sino que, a la luz del derecho preexistente, su ilicitud resulte manifiesta. E.g. *Andero v. Creighton* (483 US 635, 640 -1987-). No era irrazonable que un oficial de policía, en las circunstancias de este caso, creyera que llevar a observadores periodísticos a la ejecución de una orden de arresto (incluso a un domicilio privado) fuera lícito. En primer lugar, la cuestión constitucional planteada en este caso no es de ningún modo obvia. La fiel cobertura periodística de las actividades de la policía sirve a un importante objetivo público, y no resulta manifiesto de los principios generales de la IV Enmienda que la conducta que los policías tuvieron en este caso viole esta Enmienda. En segundo lugar, los peticionantes no han citado ningún caso con efecto vinculante en su jurisdicción en el momento de la diligencia que establezca claramente la regla en que intentan buscar sustento, ni han demostrado ningún consenso de casos que tengan una autoridad suficientemente convincente como para que un funcionario razonable no creyera que sus acciones eran lícitas. Finalmente, los *marshals* federales en este caso se basaron en la política de "ir con otros" (*ride along*) del Servicio de *Marshals* que contempla expresamente el ingreso de los medios en los domicilios privados, y los policías locales tenían un programa de "ir con otros" que no prohibía expresamente dichos ingresos. El estado del derecho estaba, cuanto más, no determinado en el momento que aquí resulta importante, y no puede exigirse a los policías que predijeran el curso futuro del derecho constitucional. E.g. *Procunier v. Navarette* (434 US 555, 561 -1978-)

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 24-5-99, *Charles H. Wilson, et ux., et al. v. Harry Layne, Deputy United States Marshal, etc., et al.*, 67 LW 4322.

DERECHO A LA INTIMIDAD. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. REGLAMENTACIÓN. DERECHOS ABSOLUTOS (BOLIVIA).

1. Antecedentes del caso: la Defensora del Pueblo plantea recurso abstracto o directo de inconstitucionalidad contra la segunda parte del art. 37 de la Ley de Telecomunicaciones, alegando la violación del derecho a la privacidad y la intimidad inherente a la persona humana.

2. Sentencia:

2.1. Del análisis de la norma impugnada y el orden constitucional presuntamente violado, se concluye en que:

El texto del art. 37 de la Ley , del 5 de julio de 1995, contiene una permisión legal para que, en virtud de una orden judicial otorgada en favor de autoridad competente, se pueda interceptar, interferir y desviar comunicaciones privadas, cuando textualmente expresa: “Los servicios de telecomunicaciones son declarados de utilidad pública. Salvo disposición judicial en favor de autoridad competente, queda terminantemente prohibido interceptar, interferir, obstruir, alterar, desviar, utilizar, publicar o divulgar el contenido de las telecomunicaciones”.

El art. 20 de la Constitución consagra: “1. Son inviolables la correspondencia y los papeles privados, los cuales no podrán ser incautados sino en los casos determinados por las leyes y en virtud de orden escrita y motivada de autoridad competente. No producen efecto legal los documentos privados que fueran violados o sustraídos. 2. Ni la autoridad pública, ni persona, ni organismo alguno podrán interceptar conversaciones y comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice”.

2.2. Si bien no todos los derechos y garantías consagrados en la Constitución son de carácter irrestricto, es el mismo orden constitucional el que se encarga de establecer las limitaciones cuando ellas proceden, lo que no ocurre con la inviolabilidad de las comunicaciones.

2.3. Consecuentemente, con el reconocimiento constitucional contenido en el art. 20-2 citado, se preservan los derechos a la intimidad de todas las personas evitando actos arbitrarios que violen la privacidad y la reserva, independientemente de que su revelación puede o no acarrearle perjuicios, sin ninguna excepción, restricción o limitación, por no estar estas previstas en la propia Constitución.

Por ello, se declara la inconstitucionalidad de la frase “salvo disposición judicial a favor de autoridad competente”, contenida en el art. 35 de la Ley 1632 cit.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, sentencia del 10-9-1999, *Dra. Ana María Romero de Campero, Defensora del Pueblo c/Ing. Jorge Quiroga Ramírez, Presidente del Honorable*

Congreso Nacional s/ Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad, en *Gaceta Constitucional*, Sucre, 1999, n° 3, p. 23.

DERECHO A LA SALUD. PAGO DE COBERTURA (CROACIA).

Es contrario al derecho Constitucional a la salud el restringir la cobertura de salud de los empleados y de su familia sólo a los casos de urgencias, cuando el empleador no pagó las cargas sociales. El pago de dichas cargas es una obligación del empleador, y la inobservancia no puede privar a los asalariados de su derecho a la totalidad de la cobertura prevista por ley, que incluye los primeros auxilios, los tratamientos especializados y la hospitalización.

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 9-11-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 419.

DERECHO COMUNITARIO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD. LIBERTAD DE CIRCULACION. PROCESO PENAL. LENGUA DEL PROCESO. NORMATIVA (COMUNIDAD EUROPEA).

1. Las situaciones regidas por el derecho comunitario a las que se aplica la prohibición de "toda discriminación en razón de la nacionalidad" enunciada en el art. 6 del Tratado incluyen, en particular, las comprendidas en el derecho a la libre prestación de servicios conferido por el art. 59 del Tratado. Están comprendidos en el ámbito de aplicación de esta disposición, y pueden visitar y desplazarse libremente en el Estado miembro de acogida, los nacionales de los Estados miembros que, sin gozar de otra libertad garantizada por el Tratado, se desplazan a otro Estado miembro con vistas a recibir servicios o con posibilidades de recibirlos. Por lo demás, en virtud del art. 8 A del Tratado, "todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación".

2. El derecho conferido por una normativa nacional a obtener que un proceso penal se sustancie en una lengua distinta de la lengua principal del Estado del que se trate está comprendido en el ámbito de aplicación del Tratado y debe respetar su art. 6.

Si bien, por lo general, la legislación penal y las normas de procedimiento penal son

de la competencia de los Estados miembros, el derecho comunitario impone límites a esta competencia. Dichas disposiciones no pueden, en efecto, producir una discriminación respecto de personas a las que el derecho comunitario atribuye el derecho a la igualdad de trato, ni restringir las libertades fundamentales garantizadas por éste.

3. El art. 6 del Tratado se opone a una normativa nacional que confiere a los ciudadanos de una lengua determinada, distinta de la lengua principal del Estado miembro de que se trate, que residen en el territorio de una entidad territorial determinada, el derecho a obtener que el proceso penal se sustancie en su lengua, sin conferir el mismo derecho a los nacionales de la misma lengua, de los demás Estados miembros, que circulen o permanezcan en dicho territorio.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, sentencia del 24-11-1998, asunto C-274/96, *Procesos penales contra Horst Otto Bickel y Ulrich Franz*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-11, p. 7637.

DERECHO COMUNITARIO. DIRECTIVAS. NECESIDAD DE GARANTIZAR SU EFICACIA. OBLIGACIONES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES. TRABAJADORES. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DIRECTIVA 76/207/CEE. PRINCIPIO DE CONTROL JURISDICCIONAL EFECTIVO (COMUNIDAD EUROPEA).

1. La obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado previsto por esta última, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación (art. 5 del Tratado), se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades jurisdiccionales.

Al aplicar el derecho nacional y, en particular, las disposiciones de una ley que fueron introducidas específicamente para dar cumplimiento a una Directiva, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretar su derecho nacional, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere el párrafo tercero del art. 189 del Tratado.

2. El art. 6 de la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, obliga a los Estados miembros a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para garantizar una

protección jurisdiccional al trabajador cuyo empresario, tras la extinción de la relación laboral, se niega a proporcionar referencias como reacción a una acción judicial ejercida para exigir que se respete el principio de igualdad de trato en el sentido de dicha Directiva.

El principio del control jurisdiccional efectivo consagrado por el art. 6 de la Directiva -principio básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que está igualmente consagrado por el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos-, quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los tribunales con el objeto de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato. En efecto, el temor a tales medidas, contra las que no se pudiera ejercitar ninguna acción en vía judicial, podría disuadir a los trabajadores que se considerasen discriminados, de hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional, y, por tanto, podría poner gravemente en peligro la consecución del objetivo perseguido por la Directiva.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, sentencia del 22-9-1998, asunto C-185/97, *Belinda Jane Coote contra Granada Hospitality Ltd*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, parte I, Luxemburgo, 1998-8/9, p. 5199.

DERECHO COMUNITARIO. IMPUESTOS. EFECTO DIRECTO. INCOMPATIBILIDAD CON EL DERECHO COMUNITARIO. RESTITUCIÓN. MODALIDADES. APLICACIÓN DEL DERECHO NACIONAL. PLAZOS DE CADUCIDAD. PROCEDENCIA. REQUISITOS. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA (COMUNIDAD EUROPEA).

1. Ante la inexistencia de una normativa comunitaria en materia de devolución de tributos nacionales indebidamente percibidos, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que, por una parte, dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni, por otra parte, haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).

Por lo que respecta al principio de efectividad, es compatible con el derecho comunitario la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, que protege tanto al contribuyente como a la Administración

interesados. En efecto, unos plazos de este tipo no son de una naturaleza tal que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Sobre este extremo, un plazo nacional de caducidad de tres años a partir de la fecha del pago impugnado parece razonable.

El respeto del principio de equivalencia exige, por su parte, que el procedimiento controvertido se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del derecho comunitario y a los que se fundamentan en el incumplimiento del derecho interno, cuando se trata de un mismo tipo de tributos o exacciones. En cambio, este principio no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender a todas las acciones de devolución de tributos o exacciones percibidos en contra de las disposiciones del derecho comunitario su régimen de repetición interno más favorable. Así pues, el derecho comunitario no se opone a que la legislación de un Estado miembro contemple, junto a un plazo de prescripción de derecho común aplicable a las acciones de repetición de lo indebido entre particulares, procedimientos específicos de reclamación y de recurso judicial menos favorables para la impugnación de los tributos y demás exacciones. Sólo cabría una solución distinta si dichos procedimientos fueran aplicables única y exclusivamente a las acciones de devolución de tributos o exacciones basados en el derecho comunitario.

De ello se deduce que el derecho comunitario no se opone a la aplicación de una disposición nacional dirigida a sustituir, para todas las acciones de reembolso en materia aduanera, un plazo ordinario de prescripción de diez años, previsto para la acción de repetición de las cantidades indebidamente pagadas, por un plazo extraordinario de caducidad de cinco años, en un primer momento, y de tres años, posteriormente, siempre que dicho plazo de caducidad, análogo al previsto ya para otros tributos, se aplique del mismo modo a las demandas de devolución basadas en el derecho comunitario y a las fundadas en el derecho interno.

2. El derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro invoque un plazo nacional de caducidad frente a las acciones de devolución de tributos percibidos en contra de las disposiciones del derecho comunitario, aun cuando dicho Estado miembro no haya modificado aún sus normas nacionales, para hacerlas compatibles con tales disposiciones, siempre que, por una parte, dicho plazo no sea menos favorable para los recursos basados en el derecho comunitario que para los que se fundamentan en el derecho interno, ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario y siempre que no conste, por otra parte, que el comportamiento de las autoridades nacionales, junto con la existencia del plazo controvertido, implique que la sociedad demandante haya quedado totalmente privada de la posibilidad de hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, sentencia del 17-11-1998,

asunto C-228/96, *Aprile Srl, en liquidación, contra Amministrazione delle Finanze dello Stato*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-11, p. 7141.

DERECHO COMUNITARIO. PRINCIPIOS GENERALES. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. POLÍTICA COMERCIAL COMÚN. MARGEN DE APRECIACIÓN DE LAS INSTITUCIONES. CONTROL JURISDICCIONAL. LÍMITES. IMPORTACIONES. INTERCAMBIOS CON TERCEROS PAÍSES. CONTINGENTES CUANTITATIVOS A LA IMPORTACIÓN. PROCEDENCIA. REQUISITOS. DERECHO A LA IGUALDAD. SITUACIONES NO COMPARABLES (COMUNIDAD EUROPEA).

1. El alcance de la obligación de motivación impuesta por el art. 190 del Tratado depende de la naturaleza del acto de que se trate y, cuando se trata de actos destinados a una aplicación general, puede limitarse a indicar, por una parte, la situación de conjunto que ha conducido a su adopción y, por otra, los objetivos generales que se propone alcanzar. Si el acto impugnado pone de manifiesto la parte esencial del fin perseguido por la institución, es excesivo pretender la motivación específica de cada una de las decisiones técnicas que ella adopta.

A este respecto, aunque el principio de proporcionalidad, tal y como se recoge en el párrafo tercero del art. 3 B del Tratado, constituye un principio general del ordenamiento jurídico comunitario, no puede exigirse del Consejo de la Unión Europea (Consejo) que, para atenerse a la obligación de motivación que le incumbe en virtud del art. 190 del Tratado, mencione especialmente dicho principio en los considerandos del Reglamento, puesto que del Reglamento controvertido se deduce que las medidas adoptadas son necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos, con arreglo a dicho principio de proporcionalidad.

2. El párrafo cuarto del art. 37 del Estatuto del Tribunal de Justicia no se opone a que la coadyuvante formule alegaciones distintas a las de la parte que apoya, siempre y cuando pretenda apoyar las pretensiones de esta parte o fundamentar la desestimación de las pretensiones de la parte contraria.

En este concepto, la alegación de la parte coadyuvante relativa a la falta de motivación específica del principio de proporcionalidad, como se enuncia en el párrafo tercero del art. 3 B del Tratado, se refiere al motivo basado en la falta de motivación, invocado por el demandante, y su finalidad es apoyar las pretensiones formuladas por este último.

3. Las instituciones comunitarias disponen de un margen de apreciación al elegir las

medidas necesarias para llevar a cabo la política comercial común. En tal ámbito, que supone la apreciación de situaciones económicas complejas, el control jurisdiccional debe limitarse, especialmente cuando el acto de que se trata tiene alcance general, a la comprobación del respeto de las normas de procedimiento, de la exactitud material de los hechos tenidos en cuenta para adoptar la resolución impugnada, de la falta de error manifiesto en la apreciación de estos hechos o de la falta de desviación de poder.

Además, la facultad discrecional de que dispone el Consejo en la apreciación de una situación económica compleja no se aplica exclusivamente a la naturaleza y al alcance de las disposiciones que deban adoptarse sino también, en cierta medida, a la comprobación de los datos de base, especialmente en el sentido de que el Consejo puede basarse, en su caso, en comprobaciones globales. En efecto, aunque el Consejo está obligado a tener en cuenta todos los elementos de que dispone, no se puede exigir que, antes de adoptar un acto de alcance general, realice un estudio detallado de todos los sectores económicos afectados.

Respecto del establecimiento de un nuevo régimen de importaciones de determinados juguetes originarios de la República Popular de China por el Reglamento n° 519/94, por el que se fijan contingentes de importación, la facultad de apreciación del Consejo no estaba en absoluto limitada por el hecho de que esta institución hubiera decidido, ella misma, que el punto de partida del nuevo régimen debía ser la liberalización de las importaciones. En efecto, a diferencia del principio de libre circulación de las mercaderías dentro de la Comunidad, la supresión de cualquier restricción cuantitativa a las importaciones procedentes de países terceros no constituye una norma jurídica a la que deba atenerse el Consejo, sino el resultado de una decisión tomada por esta Institución en el ejercicio de su facultad discrecional.

4. Por lo que se refiere a la adopción de un Reglamento que establece un nuevo régimen uniforme en la Comunidad, aplicable a las importaciones de determinados países terceros, destinado a sustituir el régimen preexistente resultante de opciones efectuadas por los distintos Estados miembros considerados por separado, el Consejo no tenía por qué tener en cuenta los intereses particulares de los distintos Estados miembros, sino el interés general del conjunto de la Comunidad, so pena de olvidar el papel que debe desempeñar esta institución, con arreglo al art. 4 del Tratado, en la realización de las misiones confiadas a la Comunidad. De ello se desprende que no se puede deducir un error de apreciación de la circunstancia de que el nuevo régimen se aparte sustancialmente del que se aplicaba anteriormente.

5. El art. 110 del Tratado no puede interpretarse en el sentido de que prohíbe a la Comunidad adoptar cualquier medida que pueda afectar a los intercambios con países terceros. En efecto, como se deduce del propio tenor de esta disposición, el objetivo que consiste en contribuir a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios

internacionales no puede obligar a las instituciones a liberalizar las importaciones procedentes de los países terceros cuando tal proceder resulte contrario a los intereses de la Comunidad.

6. En el marco del control de proporcionalidad efectuado en el ámbito de la política comercial común, en el que las instituciones comunitarias disponen de una amplia facultad de apreciación, únicamente el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en este ámbito, con respecto al objetivo perseguido, puede afectar a la legalidad de ésta. Más concretamente, cuando, en la adopción de una normativa, el legislador se ve obligado a valorar las consecuencias futuras de la misma, no pudiendo preverse dichas consecuencias con exactitud, su valoración únicamente puede ser censurada si se revela manifiestamente errónea a la vista de los elementos de que disponía al adoptar dicha normativa. Este límite del control del Tribunal de Justicia se aplica particularmente si el Consejo se ve obligado a actuar como árbitro entre intereses divergentes y a escoger, de este modo, determinadas alternativas en el marco de las opciones de su propia responsabilidad. A este respecto, el Tribunal de Justicia no puede sustituir la apreciación del Consejo sobre el carácter más o menos adecuado de las medidas escogidas por el legislador comunitario, por su propia apreciación, en la medida en que no se ha aportado la prueba de que dichas medidas fueran manifiestamente inadecuadas para alcanzar el objetivo perseguido.

7. No viola el principio de igualdad, conforme al cual las situaciones comparables no deben recibir un tratamiento diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente, la diferencia de regulación procesal en la fijación de los contingentes a la importación dispensado en el Reglamento n° 519/94 del Consejo por el que se establecen contingentes de importaciones sobre determinados juguetes procedentes de China, dependiendo de que les sea aplicable el régimen uniforme general establecido por dicho Reglamento o las medidas de vigilancia y salvaguardia previstas por el mismo Reglamento, en la medida en que la situación de estos contingentes no es comparable. En efecto, no se puede exigir que la regulación procesal que prevé el Reglamento impugnado para las modificaciones futuras del régimen que establece, se apliquen a la propia definición de este régimen por el Consejo.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Sexta), sentencia del 19-11-1998, asunto C-150/94, *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Consejo de la Unión Europea*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-11, p. 7235.

DERECHO COMUNITARIO. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. ALCANCE. REGLAMENTOS.

RECURSO DE ANULACION. MOTIVOS. VIOLACIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOCADA POR UN ESTADO MIEMBRO. ADMISIBILIDAD. POLÍTICA COMERCIAL COMÚN. MARGEN DE APRECIACIÓN DE LAS INSTITUCIONES (COMUNIDAD EUROPEA).

1. El alcance de la obligación de motivación depende de la naturaleza del acto de que se trate y, cuando se trata de actos destinados a una aplicación general, puede limitarse a indicar, por una parte, la situación de conjunto que ha conducido a su adopción y, por otra parte, los objetivos generales que se propone alcanzar. Si el acto impugnado pone de manifiesto la parte esencial del fin perseguido por la institución, es excesivo pretender la motivación específica de cada una de las decisiones técnicas que ella adopta.

En particular, habida cuenta del margen de apreciación de que disponen las instituciones comunitarias al elegir las medidas necesarias para llevar a cabo la política comercial común, y dado que el Consejo de la Unión Europea expuso los objetivos perseguidos por la modificación de los contingentes de importación fijados por un Reglamento anterior, no tenía que justificar las decisiones técnicas tomadas y, especialmente, la magnitud del aumento de los contingentes controvertidos.

2. Nada impide que un Estado miembro pueda alegar, en el marco de un recurso de anulación, que un acto de las instituciones viola la confianza legítima de determinados particulares.

3. Dado que las instituciones comunitarias disponen de un margen de apreciación al elegir los medios necesarios para la realización de la política comercial común, los operadores económicos no pueden confiar legítimamente en el mantenimiento de una situación existente, que puede resultar modificada por las decisiones adoptadas por dichas Instituciones en el marco de su facultad de apreciación.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Sexta), sentencia del 19-11-1998, asunto C-284/94, *Reino de España contra Consejo de la Unión Europea*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-11, p. 7309.

DERECHO COMUNITARIO. PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA. LÍMITES. MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA RELATIVA A LA ORGANIZACIÓN COMÚN DE LOS MERCADOS. MARGEN DE APRECIACIÓN DE LAS INSTITUCIONES (COMUNIDAD EUROPEA).

Si bien el respeto de la confianza legítima forma parte de los principios

fundamentales de la Comunidad, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias, y esto ocurre, especialmente en un ámbito como el de las organizaciones comunes de mercados, cuyo objeto lleva consigo una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica. De lo anterior se deduce que los agentes económicos no pueden invocar un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja que para ellos resulte del establecimiento de la organización común de los mercados, y de la cual se beneficiaron en un momento determinado. Por consiguiente, una eventual reducción de su renta no puede violar el principio de confianza legítima.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, sentencia del 17-9-1998, asunto C-372/96, *Antonio Pontillo contra Donatab SRL*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, parte I, Luxemburgo, 1998-8/9, p. 5091.

DERECHO DE DEFENSA. ACCION DE AMPARO. PLAZO RAZONABLE (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: un juez del trabajo de la Provincia de Corrientes (Argentina) denunció, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión), la violación del derecho a las garantías judiciales del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), ocurrida en el desarrollo de la acción de amparo que dirigió contra dicha Provincia con motivo de su relamo por “afectación a la intangibilidad de su remuneración como juez”.

2. Decisión:

2.1. El pronunciamiento sobre la admisibilidad de los casos que se ventilan ante la Comisión tiene como propósito no sólo producir una mayor claridad y seguridad jurídica en sus pronunciamientos, sino “enfocar a las partes en las cuestiones centrales del caso” (párr. 23).

2.2. El art. 8 cit. no restringe su aplicación a las causas en las que se invoca la violación de derechos protegidos por la Convención por parte del Estado, sino también a aquellos procesos donde se determinen derechos y obligaciones de orden civil y de otro carácter entre particulares. En consecuencia, se concluye que en el procedimiento de amparo iniciado por el peticionario se aplican las garantías del debido proceso establecidas en el art. 8.1 (párr. 28).

2.3. En cuanto al invocado retraso del proceso, se nota, en primer lugar, que la

legislación en materia de amparo establece “lapsos brevísimos para decidir”. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia y el de Alzada tardaron más de un año en dictar la decisión. Asimismo, los trámites ante el Superior Tribunal de la Provincia, que decidió el recurso extraordinario, demoraron aproximadamente cinco años.

La Comisión observa que las autoridades judiciales de Argentina “tardaron aproximadamente 7 años en producir una decisión definitiva en el presente caso, la cual no ha sido ejecutada desde el 11 de marzo de 1998 hasta el momento...” (párr. 29).

2.4. Por ende, se encuentra satisfecho el requisito establecido en el art. 47.b de la Convención, por cuanto los hechos expuestos por el peticionario, de resultar ciertos, podrían caracterizar “una violación de los derechos a un debido proceso (art. 8), a la tutela judicial efectiva (art. 25) y respeto (art. 1.1) de la Convención” (párr. 30).

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 39/98, caso 11.774, *Héctor Hugo Boleso - Argentina*, 24-9-1998, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998*, vol. I, Washington, 1999, p. 59.

DERECHO DE DEFENSA. ARBITRARIEDAD. EJECUCION DE SENTENCIAS. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. INCONGRUENCIA POR OMISION (ESPAÑA).

1. Reiteradamente ha afirmado este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución (CE) comprende, entre otros, el derecho a que sean ejecutadas en sus propios términos las resoluciones judiciales firmes, pues sin ello la tutela de los derechos e intereses legítimos de los que obtuvieron una resolución favorable no sería efectiva, sino que se quedaría en unas declaraciones de intenciones y de reconocimiento de derechos sin alcance práctico, correspondiendo a los tribunales velar por ese cumplimiento, como expresamente se declara por el art. 117.3 CE, de modo que desconoce el derecho fundamental el juez que, por omisión, pasividad o defectuoso entendimiento, se aparta, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse, o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sea legalmente exigible.

2. Se ha establecido por la jurisprudencia que determinar cuál sea el sentido de un fallo es una función netamente jurisdiccional, no correspondiendo a este Tribunal, en vía de amparo, sustituir a los órganos judiciales en el cometido de fijar el alcance de sus propios pronunciamientos, cumpliéndole, estrictamente, velar para que tales decisiones se adopten en el seno del procedimiento de ejecución de un modo razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se haya de ejecutar, de forma que la decisión judicial, si no

es incongruente, arbitraria o irrazonable, debe ser respetada.

3. A juicio del recurrente de amparo, el Juzgado de lo Social, al ejecutar la sentencia de suplicación, habría calculado erróneamente los salarios de tramitación debidos, vulnerando así el art. 24.1 CE., en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos. Se afirma que en el presente supuesto, donde la sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido y el empresario optó por la indemnización, conforme a las normas procesales serían debidos solamente los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la opción empresarial; sin embargo, el juzgado incluyó también los salarios de tramitación del recurso de suplicación.

4. Debe rechazarse que el yerro de la Sala de lo Social, en cuanto al sentido de la opción empresarial, determine la concurrencia en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia impugnada de un error patente o manifiesto que, deslizado en la argumentación de aquella, sea determinante de la decisión adoptada, en cuanto soporte único o básico de la resolución (STC 117/1996). La decisión de la Sala, por el contrario, coincide con la del Juzgado de lo Social, el cual partía del dato correcto sobre la opción empresarial en favor de la indemnización, confirmando la interpretación de las normas procesales realizada por el citado Juzgado.

5. La cuestión relativa al alcance temporal del abono de la indemnización de los salarios de tramitación, en casos como el enjuiciado, no fue pacífica en la jurisprudencia laboral (incluso bajo la vigencia de la anterior Ley de Procedimiento Laboral de 1990), habiendo sido preciso que el Tribunal Supremo en unificación doctrinal dicte la sentencia del 24 de marzo de 1998, que ha venido a establecer la interpretación correcta de las normas procesales vigentes (art. 111.1b de la ley de Procedimiento Laboral de 1995). En tal situación jurisprudencial, no puede reputarse de irrazonable la interpretación de las normas procesales laborales realizada por los órganos judiciales, en relación con una cuestión controvertida en aquel momento, y que sólo con posterioridad ha sido resuelta por el Tribunal Supremo.

6. Tampoco debe estimarse la pretensión de que las resoluciones impugnadas hayan incurrido en un vicio de incongruencia por omisión, lesión que el recurrente residencia en haber sido desatendido el mandato del Tribunal Superior de Justicia en la sentencia de ejecución. En concreto, la llamada incongruencia omisiva o *ex silentio*, alegada en el presente caso, se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes en momento procesal oportuno, siempre que el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos

contenidos en la resolución. No es necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada uno de las alegaciones que se aducen como fundamento a la pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 91/1995, 56/1996, 58/1996, 85/1996 y 26/1997).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 14-10-1998, nº 202/1998, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 52, septiembre-diciembre de 1998, p. 329.

DERECHO DE DEFENSA. ARBITRARIEDAD. ERROR MANIFIESTO (ESPAÑA).

1. Con arreglo a una consolidada doctrina constitucional, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando la resolución judicial se encuentra fundamentada en lo que aparece como un error patente, el cual adquiere así el carácter de constitucionalmente relevante, en cuanto, como solemos decir, determinante de la decisión adoptada.

2. Un error es patente cuando es inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (SSTC 219/1993 y 162/1995). Y, asimismo, se requiere que el error sea determinante en la decisión adoptada, constituyendo el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 17-9-1998, nº 180/1998, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 52, septiembre-diciembre de 1998, p. 39.

DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A CONTAR CON ASESORAMIENTO JURÍDICO. PROCESOS ADMINISTRATIVOS (AZERBAIJAN).

El peticionante impugnó la constitucionalidad de los arts. 256 y 259 del Código de Delitos Administrativos que restringen el derecho de una persona acusada de un delito administrativo a contar con asesoramiento jurídico, por considerarlos violatorios del art. 61 de la Constitución.

Los organismos y funcionarios autorizados a imponer una detención administrativa

deben brindar a toda persona detenida con base en un proceso administrativo la oportunidad de contar con asistencia letrada desde el momento de su detención.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AZERBAIJAN, sentencia del 13-7-1999, en *The First Ten Decisions of the Constitutional Court of Azerbaijan Republic*, Baki, 2000, p. 23.

DERECHO DE DEFENSA. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. TESTIGOS. AUTOINCUPLICACIÓN (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: el peticionante, su hermano Mark, y Gary Barker, fueron arrestados luego de haber robado licor y armas, y de haber secuestrado y asesinado a Alex DeFilippis. Al ser interrogado por la policía, Mark admitió haber robado las bebidas alcohólicas, pero alegó que Barker y su hermano habían robado las armas y, asimismo, que este último había disparado a DeFilippis. En el proceso a que se sometió al peticionante, el Estado de Virginia llamó a Mark como testigo, pero éste invocó el derecho que le garantiza la V Enmienda a no autoincriminarse. Entonces, el tribunal de primera instancia admitió las afirmaciones que Mark había hecho a la policía, reputándolas declaraciones de un testigo no disponible (*unavailable witness*) contrarias a su interés (*penal interest*), y rechazó las objeciones formuladas por el peticionante en el sentido de que dichas afirmaciones no iban contra el interés penal de Mark porque trasladaban la responsabilidad de los crímenes a Barker y al peticionante, y de que su admisión violaría la Cláusula de Careo (*Confrontation Clause*) de la VI Enmienda. El peticionante fue condenado por el homicidio de DeFilippis y por otros delitos. Al confirmar esta decisión, la Suprema Corte de Virginia encontró que se había respetado la Cláusula de Careo porque las declaraciones de Mark caían dentro de una bien arraigada excepción a la regla procesal que rechaza como prueba el testimonio de oídas (*hearsay rule*). También sostuvo que las declaraciones eran confiables porque Mark sabía que se estaba comprometiendo como cómplice en varios crímenes, y porque habían sido corroboradas en forma independiente por otras pruebas producidas en el proceso. En este estado, el peticionante interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: se revoca la decisión y se devuelven las actuaciones.

La admisión de la confesión no comprobada de Mark violó los derechos que la Cláusula de Careo garantiza al peticionante. Adhiriéndonos a nuestra tradicional costumbre de permitir que los Estados inicialmente evalúen el efecto de la prueba erróneamente admitida a la luz del derecho penal estadual sustantivo, los tribunales de Virginia deben considerar en primer lugar si esta violación a la VI Enmienda fue "inofensiva más allá de una duda razonable", *Chapman v. California* (386 US 18, 24 -1967-).

La Cláusula de Careo garantiza la confiabilidad de la prueba presentada contra un acusado al sujetarla a un test riguroso en un proceso contradictorio -*Maryland v. Craig* (497 US 836, 845 -1990-)-, como, p.ej., el de repreguntar a un testigo. Ver *California v. Green* (399 US 149, 158 -1970-). Las declaraciones de oídas (*hearsay statements*) sólo son suficientemente confiables como para poder ser admitidas sin comprobación (*untested admission*) contra un acusado cuando (1) caen "dentro de una bien arraigada excepción a la regla procesal que rechaza la admisibilidad de este tipo de pruebas", o (2) contienen tales "‘garantías particulares de confiabilidad’ que su control a través de un proceso contradictorio aportaría poco o nada a su confiabilidad", *Ohio v. Roberts* (448 US 56, 66 -1980-).

Las declaraciones son admisibles en términos de una "bien arraigada" excepción a la regla que rechaza la admisibilidad de este tipo de pruebas cuando quedan comprendidas en una categoría de prueba de oídas que, a lo largo del tiempo, ha demostrado "quitar toda tentación a mentir, y exigir tanto compromiso con la verdad como la obligación que impone un juramento" y las repreguntas en un juicio, *Mattox v. United States* (156 US 237, 244 -1895-). La simple categorización de una declaración como "contraria al interés penal" define una clase demasiado grande de declaraciones como para permitir una verdadera revisión en términos de la Cláusula de Careo, ya que ese tipo de declaraciones se ofrece (1) como admisiones voluntarias contra el declarante; (2) como pruebas exculpatorias aportadas por un acusado que alega que el declarante cometió, o participó, en el delito; y (3) como prueba del fiscal tendiente a demostrar la culpabilidad de un supuesto cómplice del declarante. Las declaraciones de la tercera categoría -que incluye a la de Mark- se presumen no confiables. Las declaraciones de los cómplices que trasladan o extienden la culpa a un acusado penal, por lo tanto, caen fuera del ámbito de las "excepciones bien arraigadas que contienen tales 'garantías particulares de confiabilidad' que no ameritan ser controladas a través de un proceso contradictorio", *White v. Illinois* (502 US 346, 357 -1992-). Las afirmaciones de Mark no se encuentran, entonces, alcanzadas por una excepción bien arraigada a la regla procesal de la inadmisibilidad de los testimonios de oídas (*hearsay rule*).

El Estado de Virginia alega que esta Corte no debería dejar a la Suprema Corte de Virginia la determinación de que las declaraciones de Mark no son confiables, y que los indicios de confiabilidad que dicho tribunal encontró sumados a las acciones de la policía durante el interrogatorio a Mark demuestran que las circunstancias en que formuló dichas declaraciones brindan "garantías particulares de confiabilidad" suficientes para satisfacer el test residual de admisibilidad en términos de la Cláusula de Careo. Sin embargo, no hay nada en nuestras decisiones anteriores que sugiera que los tribunales de alzada deban dejar a los inferiores la determinación de cuestiones mixtas de derecho constitucional tales como la decisión de si una prueba de oídas brinda suficientes garantías de confiabilidad. Ver *Ornelas v. United States* (517 US 690, 697 -1996-). Por lo tanto, los tribunales deben revisar en forma independiente si las garantías de confiabilidad invocadas por el gobierno satisfacen

esta Cláusula. Aquí, las enunciadas por el Estado de Virginia no resultan convincentes. Mark estaba detenido por su participación y conocimiento de varios crímenes serios; hizo sus declaraciones bajo la supervisión de las autoridades del gobierno, y esencialmente respondiendo a las preguntas de los funcionarios que lo guiaban; tenía el natural deseo de intentar exculparse y, durante el interrogatorio, estaba bajo la influencia del alcohol. Cada uno de estos factores milita contra una conclusión de que sus declaraciones eran tan intrínsecamente confiables que las preguntas hubieran sido superfluas.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 10-6-99, *Benjamin Lee Lilly v. Virginia*, 67 LW 4435.

DERECHO DE DEFENSA. RECURSOS (RUSIA).

1. Las normas del Código Procesal Penal que excluyen, hasta el dictado de la sentencia, todo recurso contra las medidas conservatorias, internaciones médicas, cuidados obligatorios o detención preventiva, pronunciadas por el juez, son contrarias a los arts. 21 (protección de la dignidad del individuo), 46 (derecho a la protección judicial de los derechos y libertades) y 123 (proceso judicial) de la Constitución.

2. La disposición del citado Código que priva a los ciudadanos de todo recurso contra las sentencias dictadas en primera instancia por la Corte Suprema, son contrarias a los arts. 46 y 50 de la Constitución.

CORTE CONSTITUCIONAL DE RUSIA, sentencias n° 20/98 del 2-7-1998 -punto 1- y n° 21/98 del 6-7-1998 -punto 2-, en *Revue française de Droit constitutionnel*, ed. Puf, 1998, n° 35, ps. 671/672, "L'actualité constitutionnelle en Russie", por **GELARD, Patrice**.

DERECHO DEL TRABAJO. CONVENCIONES COLECTIVAS. PERÍODO DE PRUEBA. TRABAJADORES. DESPIDO POR RAZONES ECONÓMICAS. ACCIDENTES DEL TRABAJO. TRABAJO TEMPORARIO. CONTRATO DE TRABAJO. LEY APLICABLE. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCAPACITADOS. APRENDICES. HORAS EXTRAS. PERMANENCIA. NORMAS MÁS FAVORABLES (FRANCIA).

1. El período de prueba no puede resultar sino del contrato de trabajo o de la convención colectiva y no puede ser establecido por el uso.

2. Si la reorganización no fue decidida más que para suprimir los empleos permanentes de la empresa y no para salvaguardar su competitividad, es justificado resolver que el despido no se motivó en razones económicas.

3. En caso de incapacidad física declarada por el médico del trabajo a consecuencia de un accidente laboral, el dictamen de los delegados del personal es requerido antes de iniciar el trámite de despido. La inobservancia de esta obligación es sancionada con la indemnización prevista en el art. L 122-32-7 del Código del Trabajo. El empleador no puede sustraerse a ello con motivo de la ausencia de delegados del personal en la empresa, cuando su emplazamiento era obligatorio y ninguna actuación de carencia fue establecida.

4. Las empresas de trabajo temporario instaladas en un país extranjero (en el caso Mónaco) deben respetar las normas de trabajo temporario y son culpables del delito de prestación de mano de obra ilícita, por haber enviado trabajadores a Francia sin respetar el Código de Trabajo francés.

5. Si la comparación entre dos acuerdos colectivos sucesivos demuestra que el primero preveía una prima más ventajosa que la resultante del segundo y que esta disminución no está compensada por otra ventaja consentida por el empleador que, especialmente, no asumió ningún compromiso de mantenimiento del empleo, es correcto resolver que el primer acuerdo debe ser el aplicable.

6. En ausencia de elección por las partes de la ley aplicable, el contrato de trabajo está regidos por la ley del lugar de ejecución habitual del trabajo.

7. Según los arts. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos y 1 de su Protocolo 1 -tal como han sido interpretados por la Corte Europea de Derechos Humanos-, que son directamente aplicables a toda persona dentro de la jurisdicción de un Estado signatario, el goce de una prestación, como la relativa a los adultos discapacitados, debe ser asegurada sin distinción alguna fundada esencialmente en su origen nacional. Luego, no encontrándose impugnado que el actor, de nacionalidad turca, residente en Francia, reúne las condiciones requeridas para la obtención de la prestación litigiosa, el rechazo de ésta dictado por la Caja de Prestaciones familiares es injustificado.

8. Los aprendices están beneficiados, como principio, por las convenciones y acuerdos colectivos de trabajo aplicables a los asalariados en la rama o empresa considerada. Luego, no pueden ser excluidos por una disposición general del campo de aplicación de una convención colectiva o acuerdo colectivo, o un compromiso unilateral del empleador. Las únicas disposiciones cuyos beneficios no alcanzan a los aprendices son las que resultan

incompatibles con su situación de jóvenes en formación primaria, y las que reservan específicamente una ventaja determinada a una categoría de asalariados y los aprendices no reúnen las condiciones objetivas de atribución. Cuando una prima de vacaciones comprende, según la convención colectiva, al conjunto de los asalariados, también es debida a los aprendices.

9. El pago de horas suplementarias según una modalidad forfataria sólo puede derivar de un acuerdo entre las partes y no de un uso de la empresa.

10. El contrato de duración determinada concluido a fin de reemplazar a un trabajador ausente debe precisar el nombre y la calificación de este último; la falta de esa mención hace al contrato de duración indeterminada y el empleador no puede levantar esta presunción legal.

11. Surge del art. L. 132-13 del Código del Trabajo que los acuerdos colectivos no pueden entrañar disposiciones menos favorables a los trabajadores que las que les son aplicables en virtud de una convención o un acuerdo cuyo campo de aplicación territorial o profesional sea más extenso.

CAMARA DE CASACION DE FRANCIA (Sala Social), sentencias del 23-11-1999, *Mme. Godet c. S.A. Nectarys* -punto 1-, con nota de **MOULY, Jean**; 1-12-1999, *Société Milko c. Mme. Schaffer* -punto 2-, con nota de **SAVATIER, Jean**; y 7-12-1999, *Société Le Floch c. Cabon* -punto 3-, con nota de **SAVATIER, Jean**; en *Droit Social*, ed. Techniques et Economiques, 2000, n° 2, pp. 204, 212 y 226, respectivamente; (Sala Penal), sentencia del 22-6-1999 -punto 4-, con nota de **MOREAU, Marie-Ange**; (Sala Social), sentencias del 3-11-1999, *S.A. Oxxo c. Bourdon et autres* -punto 5-, con nota de **WAQUET, Philippe**; 18-5-1999, *Ferwerda c. Banque nationale de Paris* -punto 6-, con nota de **MOREAU, Marie-Ange**; y 21-10-1999, *Caisse d'allocations familiales de Grenoble c. M. Kémal Kunt* -punto 7- con nota de **PRETOT, Xavier**, en *op. cit. supra*, 1999, n° 12, pp. 1099, 1101, 1110 y 1122, respectivamente; (Sala Social), sentencias del 12-7-1999, *Société Interfit c. Courtois* -punto 8-, con notas de **SAVATIER, Jean** y **ROY-LOUSTAUNAU, Claude**; y 6-7-1999, *M. Quintana c. M. Charpentier* -punto 9-, con nota de **GAURIAU, Bernard**, en *idem*, 1999, n° 11, pp. 949 y 955, respectivamente; (Sala Social), sentencias del 1-7-1999, *Banque populaire savoisiennne de crédit c. Mme. Meynet et syndicat CFDT des Banques* -punto 10-, con nota de **ROY-LOUSTAUNAU, Claude**; y 8-6-1999, *Sté Coop Atlantique c. Veluet* -punto 11- con nota de **SAVATIER, Jean**, en *íd.*, 1999, n° 9/19, pp. 838 y 852, respectivamente.

DERECHO PENAL. GRUPO ORGANIZADO. CONCEPTO (AZERBAIJAN).

El concepto de "grupo organizado" incorporado al Código Penal significa un grupo integrado por dos o más personas, formado de antemano con el propósito de cometer uno o más crímenes.

Elementos tales como la estabilidad estructural y organizativa, la unidad de sus miembros y la coherencia de las formas y métodos de actividad criminal, pueden demostrar la consistencia del grupo organizado.

A fin de distinguir un grupo organizado de otros tipos de grupos criminales, deben tomarse en cuenta, entre otras, las siguientes características: la atribución de roles durante la comisión de delitos; la existencia de un líder, organizador o jefe del grupo; la observancia de una estricta disciplina interna; la generalidad de las intenciones criminales; el desarrollo de rasgos de comportamiento similares, basados en valores comunes; la sustitución de las relaciones personales entre los miembros del grupo por relaciones comerciales basadas en la comisión conjunta de delitos; la elaboración de un plan para cometer crímenes; la preparación cuidadosa de la comisión de delitos; la definición previa de la forma de comisión del crimen; la posibilidad de emplear medios complejos de comisión de delitos; la coordinación de las acciones durante la comisión de los delitos conforme a un plan ya establecido; la distribución de lo obtenido mediante la comisión del delito entre los miembros del grupo con base en el estatus que cada uno de ellos tiene dentro de la organización y, muchas veces, la creación de un fondo especial de dinero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AZERBAIJAN, sentencia del 20-4-1999, en *The First Ten Decisions of the Constitutional Court of Azerbaijan Republic*, Baki, 2000, p. 29.

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. MUJERES. MENORES. POBREZA. MALNUTRICIÓN. DERECHO A LA VIVIENDA. OBLIGACIONES DEL ESTADO. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ART. 11. TRABAJADORES. SALARIO MÍNIMO (NACIONES UNIDAS-SRI LANKA).

1. El Comité observa con profunda preocupación tanto la información proporcionada por el PNUD de que el 22% de la población de Sri Lanka vive en la pobreza y de que muchas mujeres y niños padecen de malnutrición, como la recibida sobre la aguda y permanente escasez de viviendas adecuadas y de materiales de construcción para las viviendas que deben ser reparadas. Asimismo, observa también la falta de información actualizada sobre las medidas aplicables por el Gobierno de conformidad con sus obligaciones en virtud del art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. El Comité tomó nota con preocupación que la política actual que permite a los órganos de regulación salarial de determinadas industrias fijar sus salarios mínimos, no protege a los trabajadores de las pequeñas industrias que no forman parte de ese sistema.

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Naciones Unidas), “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Sri Lanka”, en *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto*, Consejo Económico y Social, E/C.12/1/Add.24, 16-6-1998, puntos 15 y 18.

DERECHOS HUMANOS. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO. MENORES. DERECHO A LA IGUALDAD. HIJOS NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO (NACIONES UNIDAS-ISLANDIA).

1. El Comité insiste en que, aunque la Convención Europea de Derechos Humanos se ha incorporado en el derecho islandés, varios artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto), entre ellos los arts. 3, 4, 12, 22, 24, 25, 26 y 27, van más allá de las disposiciones de dicha Convención. Por lo tanto, el Comité alienta al Estado Parte a que verifique que todos los derechos protegidos por el Pacto sean incorporados en el derecho islandés.

2. El Comité reitera su preocupación por la persistencia de la discriminación jurídica y práctica contra los hijos nacidos fuera de matrimonio, que es incompatible con los artículos 24 y 26 del Pacto. Recomienda que se preste atención a la pronta rectificación de esta situación en relación con todos los derechos de que pueden disfrutar los niños.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Islandia”, en *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto*, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/79/Add.98, 6-11-1998, puntos 8 y 11.

DISCAPACITADOS. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN (CANADÁ).

1. **Antecedentes del caso:** el peticionante padece discapacidad *-homonymous hemianopia* (HH)- y por ello ha perdido la mayor parte de su visión periférica izquierda en ambos ojos. El Superintendente de Automotores de British Columbia le canceló su registro

de conductor con base en que su visión no satisfacía el estándar mínimo de 120 grados de campo visual. Si bien en otros casos se reconocieron excepciones a este principio, en general las personas que tienen HH no pueden conducir en British Columbia. Luego de que se le denegara en reiteradas oportunidades la emisión del registro, pese a haber aprobado los exámenes pertinentes, el peticionante presentó una denuncia ante el Consejo de Derechos Humanos de British Columbia, el cual pidió al Superintendente que, poniendo en la balanza todas las probabilidades, probara que el estándar discriminatorio tenía una justificación razonable y de buena fe. Posteriormente juzgó que el estándar implementaba *prima facie* una discriminación directa ya que dicho funcionario no había demostrado que la aplicación inflexible de las mediciones de campo visual, sin hacer evaluaciones individuales, fuera razonablemente necesaria. En consecuencia, ordenó al Superintendente que evaluara al peticionante y que, en su caso, le impusiera restricciones en su registro de conductor. Un juez de la Suprema Corte de British Columbia rechazó el pedido de revisión judicial formulado por el Superintendente. La cámara de apelaciones revocó esa decisión, pero posteriormente la Suprema Corte de Canadá formuló un nuevo test aplicable a los casos en que se denuncia discriminación en términos del Código de Derechos Humanos de British Columbia: el test *Meiorin*.

2. Sentencia: se hace lugar a la apelación.

El test *Meiorin* se aplica a todas las denuncias de discriminación fundadas en el Código de Derechos Humanos de British Columbia, y exige a quienes brindan servicios con sujeción a dicho Código la adopción de estándares que permitan la inclusión de personas discapacitadas cuando esto no requiera el sacrificio de sus objetivos legítimos ni esfuerzos excesivos.

El peticionante demostró *prima facie* la discriminación al acreditar que se le denegó la licencia de conductor con base en su incapacidad física. Si bien el objetivo perseguido por el Superintendente -asegurar una razonable seguridad en las autopistas, estableciendo un balance entre la necesidad de las personas de contar con una licencia de conductor y el interés en la seguridad pública- es legítimo y está racionalmente vinculado con la función general de emitir permisos para conducir, y el estándar de un campo visual mínimo de 120 grados fue adoptado de buena fe, lo cierto es que este último no es razonablemente necesario para cumplir el fin perseguido. En primer lugar, el Superintendente no demostró que ninguna persona con esa incapacidad pueda lograr conducir en forma segura. De la prueba producida en estos casos resulta que el objetivo buscado no es la seguridad absoluta sino la seguridad razonable. Las personas que tienen una visión periférica inferior a la absoluta pueden conducir en forma segura y el peticionante ha compensado su incapacidad con el desarrollo de otras habilidades. En segundo lugar, el Superintendente no demostró que el costo o riesgo que genera evaluar individualmente al peticionante constituya un esfuerzo excesivo. La prueba revela que existen no menos de dos tests para evaluar la seguridad con que conducen

las personas con HH, y que las pruebas de laboratorio también pueden ser útiles a esos fines. Si bien la simulación de situaciones de emergencia -que son la fuente de preocupación en relación a las personas con HH- pueden ser peligrosas, lo cierto es que muchas pruebas de conducción generan riesgos y, por otra parte, existen formas de reducirlos. El Supervisor no brindó cifras exactas sobre el costo de hacer evaluar a las personas con esta incapacidad, y si bien el costo excesivo puede justificar una negativa a acomodar a los discapacitados, se debe cuidar de dar a este objetivo la importancia que merece. Dado que el Superintendente no demostró que era imposible incorporar vías de ajuste individual al estándar vigente sin incurrir en un esfuerzo excesivo, debió brindar al peticionante una oportunidad de demostrar si podía o no conducir con seguridad a través de una evaluación individual.

La discriminación en este caso no se encuentra en la negativa a otorgar la licencia de conductor, sino en la de dar al peticionante una oportunidad para probar, a través de una evaluación personal, que podía conducir sin poner en peligro el objetivo de asegurar una razonable seguridad en el tránsito. El Superintendente incurrió en un error al no emitir las licencias de conductor conforme a un criterio razonable, sino con base en un estándar absoluto que no encuentra sustento en la prueba. Lo aquí resuelto no significa que los estándares de seguridad deban ser más bajos, ni predetermina la forma en que serán resueltos otros casos.

SUPREMA CORTE DE CANADA, sentencia del 16-12-1999, *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles v. British Columbia (Council of Human Rights)*, <http://www.droit.umontreal.ca/doc/csc-scc/rec/html/grismer.en.html>

ECONOMIA. POLÍTICA DE AJUSTE. MENORES INGRESOS. EDUCACION. DERECHO A LA IGUALDAD. DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. PRESUPUESTO. EFECTOS (NACIONES UNIDAS-HOLANDA).

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

2. El Comité manifiesta su preocupación por las consecuencias de la Ley de derechos de matrícula que ha propiciado el aumento constante del costo de la educación. Los

aumentos son contrarios al principio de igualdad de oportunidades para hijos de familias ricas y pobres.

3. El Comité insta al Gobierno a asegurar que el cercenamiento de las partidas presupuestarias para programas de bienestar social no tenga efectos adversos para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables, y pide que el Gobierno trate este tema en detalle en su próximo informe periódico.

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Naciones Unidas), "Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Holanda", en *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto*, Consejo Económico y Social, E/C.12/1/Add.25, 16-6-1998, puntos 10, 19 y 25.

EMPLEADOS PUBLICOS. DERECHO DEL TRABAJO. PRINCIPIOS GENERALES (COLOMBIA).

Los principios generales del derecho laboral contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo se aplican a los trabajadores oficiales.

"No es dable aducir que por virtud de lo previsto en su artículo 3° del Código Sustantivo del Trabajo, éste únicamente regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular, pues una cosa son las normas sobre el derecho individual del trabajo, que en realidad no se aplican a las personas vinculadas a la administración pública mediante contrato de trabajo, y otra, bien distinta, los principios generales del derecho laboral, de los cuales no están, ni pueden considerarse excluidos, los trabajadores oficiales".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA (Sala de Casación Laboral), S.C. 3-2-99, Rad. 11298, en *Corte Suprema*, Santafé de Bogotá DC., Revista n° 7, enero-marzo de 1999, p. 7.

ESCRIBANOS. EJERCICIO DE LA PROFESIÓN. INHABILITACIÓN PREVENTIVA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: dos escribanos fueron inhabilitados preventivamente con base en una ley que establece esa medida cuando los escribanos se encontraran encausados por cualquier delito, desde que se hubiera dictado la prisión preventiva y mientras ésta dure. La Corte Suprema intervino con motivo del recurso extraordinario que interpusieron dichos

escribanos contra la decisión del Tribunal de Superintendencia del Notariado, que resolvió mantener la inhabilitación que ya había dispuesto anteriormente.

2. Sentencia:

La Corte advirtió una desmesurada dilación del proceso penal, como así también de la duración de la medida cuestionada, puesto que la prisión preventiva había sido dictada en julio de 1992 y la inhabilitación se había hecho efectiva en marzo de 1995.

El paso del tiempo, agregó, determina que dicha inhabilitación sea, al momento de la sentencia, irrazonable, lo que exige su levantamiento.

Por tanto, una inhabilitación preventiva para el ejercicio de la profesión que se prolonga por más de tres años, carece de proporcionalidad y excede la función de salvaguardar los valores que tiende a proteger.

Nota de la Secretaría: esta causa había dado lugar a una anterior intervención de la Corte, oportunidad en la cual ésta resolvió que la medida de inhabilitación preventiva no era por sí misma inconstitucional (sentencia del 7.3.1995), pues la concesión de funciones tan delicadas como las que el Estado ha otorgado a los escribanos: dar fe a los actos que celebren conforme a las leyes, tiene su necesaria contrapartida en exigencias y previsiones legales como lo impugnada. Es por ello que, en la presente sentencia, la Corte consideró que sólo le correspondía analizar si la medida se había tornado desproporcionada en relación con el tiempo transcurrido y los fines que tiende a asegurar. Un juez votó en disidencia al considerar que, por razones formales, la Corte no debía pronunciarse sobre el fondo del asunto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 23-2-1999, J.33.XXXIII, *Juzgado en lo Criminal de Instrucción N° 24 Sec. 131 s/ comunica en causa N° 55.734 por el delito de defraudación contra los escribanos Jorge R. Gallo y Edmundo M. Gallo.*

EXTRANJEROS. RESIDENCIA. ASILO (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: el art. 13 de la ley relativa a la entrada y residencia de extranjeros en Francia y al derecho de asilo (adoptada el 8-4-1998) completaba el art. 21 ter de la ordenanza del 2-11-1945, según la cual las personas morales podían ser declaradas responsables penalmente por prestar ayuda al ingreso, circulación o residencia irregulares de un extranjero en Francia. El art. 13 cit. tendía a que dicho art. 21 ter no fuese aplicable a las asociaciones con fines no lucrativos con vocación humanitaria, cuya lista sería establecida por resolución (*arrêté*) del Ministro del Interior, y a las fundaciones, cuando

aportaran, conforme a su objeto, ayuda y asistencia a una extranjero que resida irregularmente en Francia. Por otro lado, el art. 29 de la mencionada ley tenía por finalidad reglar el derecho constitucional de asilo, afirmado por el alinea 4 del Preámbulo de la Constitución de 1946, a fin de cubrir un vacío jurídico. En tal sentido, esta última norma reconocía la calidad de refugiados no sólo a las personas que respondieran a la definición del art. 1 de la Convención de Ginebra de 1951 (Convención), sino también a los combatientes por la libertad, mencionados en el Preámbulo cit. La Oficina Francesa de Protección de los Refugiados y Apátridas (OFPRA) sería competente para reconocer dicha calidad cualquiera fuese el fundamento jurídico de la demanda, y acordaba a los beneficiarios del derecho constitucional de asilo los derechos y garantías previstos en la Convención. Asimismo, el nuevo texto legal daba competencia a la jurisdicción administrativa que ya conocía en los recursos contra las decisiones de la OFPRA -la Comisión de Recursos- para aplicar e interpretar una disposición de puro derecho interno, aun cuando estaba integrada por un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que podía ser extranjero. Entre otros aspectos, fue planteada la inconstitucionalidad de la citada ley. En cuanto a su art. 13, por incompetencia negativa dado el reenvío que realizaba a una resolución del Ministro del Interior (1), y, respecto del art. 29, por la presencia de un representante de una organización internacional en el seno de la Comisión de Recursos que debería ahora aplicar e interpretar una disposición de puro derecho interno (2), y, asimismo por dar a la Comisión cit. una nueva competencia: acordar o rechazar el derecho constitucional de asilo.

2. Decisión:

2.1. Es competencia del legislador dictar las normas concernientes a la determinación de los crímenes y delitos y las penas aplicables, así como prever las inmunidades penales.

Del art. 34 de la Constitución y del principio de legalidad de los delitos y penas dispuesto por el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se sigue que le corresponde al legislador determinar por sí mismo el ámbito de aplicación de la ley penal; permitir, mediante una definición de los crímenes y delitos en términos suficientemente claros y precisos, la determinación de los autores de las infracciones, y fijar, en las mismas condiciones, el ámbito de aplicación de las inmunidades penales que establezca. Al someter a la apreciación del Ministro del Interior la Avocación humanitaria de las asociaciones -noción cuya definición no ha sido precisada por ninguna ley y de cuyo reconocimiento puede derivar el beneficio de la inmunidad penal en juego-, la norma criticada hace depender el ámbito de aplicación de la ley penal de decisiones administrativas. En consecuencia, sin perjuicio del poder del juez penal de apreciar según las disposiciones del art. 111-5 del Código Penal, la legalidad de todo acto administrativo,

dicha norma viola el principio de legalidad de los delitos y de las penas y desconoce los alcances de la competencia del legislador prevista en el art. 34 de la Constitución.

En consecuencia corresponde declarar inconstitucional el texto incorporado por el art. 13 al art. 21 ter, citados: cuya lista será establecida por resolución del Ministro del Interior.

Asimismo, dado que surge del debate parlamentario del proyecto de ley que la frase entrecorrida es inseparable de otras disposiciones del mismo art. 13, es conveniente declarar que éste resulta globalmente contrario a la Constitución

Sin embargo, igualmente corresponde al juez, conforme al recordado principio de legalidad, interpretar estrictamente los elementos constitutivos de la infracción prevista en el art. 21 cit., especialmente cuando la persona moral enjuiciada resulta una asociación con fines no lucrativos y con vocación humanitaria, o una fundación que, de acuerdo a su objeto, aporte ayuda y asistencia a los extranjeros.

2.2. Como principio, no deberían ser confiadas a personas de nacionalidad extranjera, o representantes de organismos internacionales, funciones inseparables del ejercicio de la soberanía nacional, entre las cuales se cuentan las funciones jurisdiccionales, tanto judiciales como administrativas, que deciden en nombre del pueblo francés.

Sin perjuicio de ello, este principio puede recibir excepciones en la medida en que sea necesario para la ejecución de un compromiso internacional y bajo reserva de que no cause agravio a las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional. Dicho agravio no se presenta en el caso, dado el carácter minoritario de la representación del Alto Comisionado para los Refugiados en la Comisión de Recursos.

2.3. En cuanto a los alcances de esta última jurisdicción relativos al examen de los recursos atinentes al asilo constitucional, cabe advertir que las demandas de reconocimiento de la calidad de refugiado fundadas en el art. 1 de la Convención y en el alinea 4 del Preámbulo cit. presentan un nexo estrecho. Si bien las aludidas demandas descansan en fundamentos jurídicos diferentes, requieren un examen esclarecido de las mismas circunstancias fácticas. Luego, el legislador pudo unificar los procesos en juego en el interés del peticionario como en el de una buena administración de justicia, de manera que las demandas constituyan, sin distinción, el objeto de una instrucción común y de decisiones rápidas bajo control casatorio del Consejo de Estado. Luego, no existe incompatibilidad con el art. 29 de la Constitución.

Nota de la Secretaría: la decisión también consideró aspectos relativos a la discriminación, y reiteró la jurisprudencia según la cual no es de la competencia del Consejo Constitucional considerar la constitucionalidad de una ley respecto de un tratado internacional (en el caso, la Convención).

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, decisión n° 98-399 DC, del 5-5-1998, en *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, 1998, ed. Dalloz, p. 245; v., asimismo, una síntesis en *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, ed. Dalloz, 1998, n° 5, p. 15, y en *Revue française de Droit constitutionnel*, ed. Puf, 1998, n° 35, p. 634, con nota de **PENA-GÁIA, Annabelle**.

FILIACION. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. ANÁLISIS DE SANGRE. MENORES. DERECHO A LA IDENTIDAD (PORTUGAL).

El derecho a la integridad física de la persona, reconocido en el art. 25 de la Constitución, constituye un derecho personalísimo e inherente a la dignidad humana individual. Se concreta en el derecho a no ser objeto de ataques corporales. Por consiguiente, el análisis de sangre que tiene por objeto determinar la filiación de un menor, y al cual el demandado se negó a someterse, puede constituir, en principio, dentro de los límites de la protección Constitucional, una violación al mencionado derecho.

Sin embargo, en las demandas de determinación de la paternidad, es necesario también hacer valer el derecho del niño a la identidad personal (art. 26.1 de la Constitución), cuyo sentido es garantizar aquella determinación que caracteriza a cada uno como persona única e irreductible y que comprende, invariablemente, la "historia personal", o sea el derecho al reconocimiento de la identidad de sus ascendientes.

Por lo tanto, el demandado tiene la obligación de colaborar en la realización de los exámenes sanguíneos necesarios para determinar la filiación, en virtud de su deber de cooperar en la administración de justicia; en el caso de que la persona se negara injustificadamente a someterse a un examen de sangre, el juez deberá tener presente esta negativa en el momento de apreciar la prueba.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, sentencia del 21-10-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 479.

FILIACION. DERECHOS DEL NIÑO. CONCEPCIÓN ASISTIDA (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: un hombre estéril promovió una acción de impugnación de la paternidad contra su esposa y el curador especial del hijo menor, concebido con su consentimiento por inseminación artificial mediante la intervención de un tercero donante. Dado que el art. 235 del Código Civil comprende, entre las causas de impugnación de la paternidad, la impotencia para procrear, sin considerar como un obstáculo que el niño dado

a luz por la mujer hubiese sido concebido en las circunstancias señaladas, el tribunal a quo planteó una cuestión de legitimidad constitucional de la norma citada. Al privar al menor de un nombre, de la identidad personal, de tener un padre en ausencia de toda certeza sobre la identidad del padre biológico, el art. 235 lo privaría del derecho a su mantenimiento y a la educación, por lo que resultaría incompatible con la Constitución.

2. Sentencia:

2.1. Es inadmisibile la cuestión de legitimidad constitucional del art. 235 del Código Civil Italiano sobre impugnación de paternidad -en relación a los arts. 2, 3, 29, 30, 31 de la Constitución (garantía de los derechos inviolables del hombre, principio de igualdad, reconocimiento de los derechos de familia)- que establece como causa de impugnación de paternidad, entre otras, la *impotentia generandi* (imposibilidad de procrear) existente en el período comprendido entre los 300 y los 180 días anteriores al nacimiento, en la medida en que se funda en que esta norma es también aplicable al caso en que el marido hubiera dado a su esposa el consentimiento para una procreación médicamente asistida que necesitaba la intervención de un tercero.

2.2. En efecto, las hipótesis establecidas por el legislador para impugnar la paternidad -a saber: imposibilidad física de cohabitación entre los cónyuges durante el período antes mencionado; impotencia para procrear en igual lapso; adulterio de la mujer o disimulación del embarazo durante el mismo período; o disimulación del nacimiento del hijo- presumen que el embarazo es el resultado de una relación sexual con una persona diferente del marido. En este caso, dicha hipótesis no tuvo lugar.

2.3. La inadmisibilidad del planteo es el resultado de la inaplicabilidad de la norma en cuestión.

2.4. Corresponde al legislador la protección de la persona nacida a consecuencia de una fecundación asistida médicamente, respetando las diversas exigencias constitucionales. Sin embargo, ante la situación actual de ausencia de normas, es al juez al que corresponde investigar, en la globalidad del sistema normativo, la interpretación más idónea para garantizar la protección de los bienes constitucionales en juego (derecho del menor a un nombre, a la identidad personal, a tener un padre, a la instrucción, a la educación de parte de sus padres, que en la especie deben ser considerados como que son los que tomaron la decisión de procrear).

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 22-9-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 448.

FILIACION. INTERÉS DEL MENOR (BÉLGICA).

Viola el principio de igualdad y de no discriminación, previstos en los arts. 10 y 11 de la Constitución, el art. 323 del Código Civil, interpretado de forma que el padre biológico de un niño cuya madre estaba casada con otro hombre al tiempo de la concepción, puede pedir que se realicen los exámenes para establecer su paternidad sin que la madre, el hijo o su representante legal puedan oponerse, pero que autoriza a una madre no casada, a su hijo y al representante legal de éste a oponerse a un pedido de determinación de la paternidad que iría contra el interés del menor.

CORTE DE ARBITRAJE DE BELGICA, sentencia del 21-10-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 402.

FUNCIONARIOS PUBLICOS. DERECHO A LA INTIMIDAD. INVESTIGACIÓN DE ANTECEDENTES (POLONIA).

El procedimiento de investigación de seguridad, como régimen establecido por la ley para examinar los vínculos y relaciones de las personas que ocupan los más altos cargos del Estado o que ejercen responsabilidades públicas en el más alto nivel, no puede, en principio, ser puesto en tela de juicio. Se lo considerará, en general, compatible con la Constitución y las normas internacionales.

El procedimiento en cuestión tiene por finalidad la “prevención del uso de los antecedentes políticos”, y la cooperación en el pasado con los servicios secretos, como fuente de chantaje. Fue necesario, por consiguiente, restringir el derecho constitucional a la vida privada y autorizar las investigaciones sobre la vida privada de las personas en cuestión.

En un Estado democrático, tales restricciones sólo son válidas para proteger el medio ambiente, la salud, la moral pública, la libertad o los derechos de terceros.

Por consiguiente, las personas que se postulan para ejercer las altas funciones del Estado, deben aceptar dicha restricción.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 10-11-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 473.

GENOCIDIO. INDIGENAS. DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO (AUSTRALIA).

1. Antecedentes del caso: el Tribunal Federal resolvió dos casos en forma conjunta.

En el primero, cuatro personas apelaron la decisión de un juez de la Suprema Corte del Territorio de la Capital de Australia que confirmaba la negativa del a quo a dictar órdenes de arresto contra el Primer Ministro, el Vice-Primer Ministro, un senador y un miembro de la Cámara de Representantes, con base en informaciones que los acusaban de haber cometido el delito penal de genocidio al formular el "Plan de Diez Puntos" del gobierno del Commonwealth, y al presentar y respaldar el proyecto que, luego de ser ampliamente reformado, se aprobó con el nombre de *Native Title Amendment Act de 1998* (Acta). El segundo fue promovido por Kevin Buzzacott, en nombre de todo el Pueblo Arabunna, contra dos Ministros del Commonwealth, y contra el Commonwealth de Australia, denunciándolos de haber cometido genocidio al no haber solicitado al Comité de la UNESCO para el Patrimonio de la Humanidad la inclusión de las tierras del pueblo Arabunna (que incluyen al Lago Eyre) en la Lista que este organismo lleva conforme a las disposiciones de la Convención sobre el Patrimonio de la Humanidad. Buzzacott no pidió sanciones penales pero alegó que esta omisión constituye genocidio y demandó remedios civiles, incluyendo una orden judicial a los apelados para que soliciten dicha inclusión. Esta moción fue sometida a la consideración del Tribunal en pleno que sesiona en Adelaida, pero posteriormente fue transferida al Tribunal Federal.

2. Sentencia: se desestiman las apelaciones.

La Convención sobre la Prevención y Castigo al Crimen de Genocidio de 1948 fue ratificada por Australia el 8 de julio de 1949 y entró a regir aquí el 12 de enero de 1951.

Nuestra historia posterior a 1788 demuestra que muchos pueblos aborígenes fueron aniquilados, principalmente por enfermedades exóticas y la pérdida de sus tierras, pero también por el homicidio directo o por la sustracción de los niños de raza mixta, que fueron apartados de sus familias y criados al estilo europeo. Los pueblos que pese a haber sido privados de sus tierras lograron sobrevivir, perdieron su estilo de vida tradicional y gran parte de su estructura social, lengua y cultura. Esta devastación social generó una amplia desmoralización comunitaria que, a su vez, dio lugar a un serio incremento del consumo de alcohol y drogas, violencia y delitos menores, seguidos de prisión y, a veces, suicidio. Muchas comunidades -pero no todas- sufrieron problemas de vivienda, higiene y nutrición que hicieron proliferar enfermedades que rara vez sufren las comunidades no aborígenes y que redujeron su expectativa de vida a 2/3 de la del resto de los australianos.

Dejando de lado momentáneamente el problema de la intencionalidad, es posible afirmar que esta conducta del pueblo australiano no aborígen para con el aborígen cae al menos en cuatro de las categorías de comportamiento mencionadas en la definición de "genocidio" que contiene la Convención: matar a los miembros del grupo; causar serios daños físicos o mentales a los miembros del grupo; infligir deliberadamente al grupo condiciones de vida tendientes a lograr su destrucción física en todo o en parte, y trasladar obligatoriamente a los niños del grupo a otro grupo.

Tal como nos recuerda (o enseña) el reciente informe de la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades -"Llevarlos a sus Hogares"-, la práctica de retirar a los niños de raza mixta de las comunidades aborígenes no sólo existió en el pasado distante sino que siguió hasta bien comenzada la década de 1960 en algunos lugares de Australia. Es importante que nosotros, como nación, no tratemos a la devastación de los aborígenes sólo como algo del pasado. El trauma subsiste, y muchas de sus causas también.

Sin embargo, pese a lo deplorable que resulta la historia, al considerar si hubo "genocidio", no es posible dejar de lado la cuestión de la intencionalidad ya que uno de los requisitos esenciales de este crimen internacional es que los actos denunciados estén dirigidos a destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Una parte de la destrucción australiana claramente cae en esta categoría, e.g. la reunión de los aborígenes supervivientes de Tasmania, en la década de 1830, y su envío a la Isla Flinders. Empero, sigue siendo verdad que la mayor parte de los aborígenes murió por enfermedades que los blancos involuntariamente trajeron a Australia y por falta de acceso a las tierras que tradicionalmente tenían. Si bien retrospectivamente podemos ver fácilmente la vinculación entre la negativa de acceso y estas consecuencias, otra cosa es decir que éstas fueron previstas, o que deberían haber sido previstas, por los primeros europeos que poblaron la tierra (con o sin aprobación oficial), cuyo principal objetivo era obtener beneficios de dicha colonización.

Es comprensible que los peticionantes consideren que las propuestas del "Plan de Diez Puntos", que en su mayor parte se incluyeron a través de las enmiendas de 1998 a la *Native Title Act*, perjudicaron aún más la situación de los aborígenes en relación a las tierras que tradicionalmente tenían, y que sólo las vean como otra etapa de un proceso que ya tiene más de 200 años de antigüedad. Sin embargo, el concepto jurídico de "genocidio" requiere un elemento intencional específico.

En forma similar, Buzzacott señala la necesidad de conservar las fuentes de agua que durante largo tiempo han permitido la vida en esta árida región y que ya han sido afectadas por la actividad minera generando la pérdida de agua potable, flora y fauna, disminuyendo la utilidad que tenían para su Pueblo y para su posibilidad de mantener un estilo de vida tradicional. Si sus afirmaciones son correctas -lo cual aún deben probarse- la conservación de esta área resulta críticamente importante para el Pueblo Arabunna y por lo tanto resulta comprensible que Buzzacott favorezca su inclusión en la Lista del Patrimonio de la Humanidad -creyendo que esto va a dar al área una mayor protección- y considere que la decisión del Senador y del Ministro de Relaciones Exteriores de no solicitar esta inclusión describe una animosidad a la supervivencia de su Pueblo. Sin embargo, aun asumiendo que la decisión de dichos funcionarios pueda tener este efecto, ello no significa que hayan actuado con la intención de destruir al Pueblo Arabunna, en todo o en parte.

La existencia de una determinada intención es una cuestión de hecho, y las cuestiones fácticas de este caso aún deben ser investigadas.

Aceptamos que la prohibición del genocidio es una norma imperativa del derecho internacional consuetudinario, que hace nacer una obligación inderogable de cada Estado hacia toda la comunidad internacional. Esta es una obligación independiente de la Convención, que existe probablemente a partir de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1946, antes de que la Convención entrara a regir en Australia. También, que esta obligación fundada en el derecho consuetudinario consiste en extraditar o procesar a toda persona que se encuentre dentro del territorio australiano, que parezca haber cometido alguno de los actos citados en la definición de genocidio incluida en la Convención.

De la obligación de procesar o extraditar, que el derecho internacional consuetudinario impone a Australia como Estado, se sigue que resulta constitucionalmente permisible que el Parlamento del Commonwealth dicte normas para juzgar, en Australia, a las personas acusadas de genocidio, cualquiera sea el lugar de comisión. En *Polyukhovitch v. the Commonwealth* (172 CLR 501 -1991-), el Superior Tribunal decidió que las normas que disponen el enjuiciamiento, en Australia, de personas acusadas de haber cometido crímenes de guerra fuera de su territorio durante la II Guerra Mundial, constituyen una forma válida de ejercicio de las atribuciones que el Parlamento del Commonwealth tiene para aprobar normas destinadas a conducir las relaciones exteriores. Ninguno de los miembros de dicho tribunal consideró que Australia tuviera, necesariamente, una obligación de dictar esas normas, sino que bastaba con que fueran apropiadas para conducir sus relaciones exteriores. Cuando existe una obligación positiva de someter a juicio, fundada en el derecho internacional consuetudinario, el argumento favorable a la validez legislativa tiene aún mayor importancia.

Sin embargo, una cosa es decir que Australia tiene una obligación jurídica internacional de procesar o de extraditar a los sospechosos de genocidio que encuentre en su territorio, y que el Parlamento del Commonwealth puede dictar normas para asegurar que se cumpla esa obligación, y otra es afirmar que, cuando no existe dicha legislación, esa persona pueda ser juzgada por genocidio ante un tribunal australiano. De adoptarse esta última posición, se arribaría al curioso resultado de que una obligación internacional contraída en términos del derecho consuetudinario produce mayores efectos domésticos que una obligación contraída por Australia, expresa y voluntariamente, al suscribir y ratificar una convención internacional. La ratificación de una convención no afecta directamente el derecho interno australiano a menos y hasta tanto se aprueben normas de implementación. Esta parece ser la posición aun cuando la ratificación haya sido aprobada por el Parlamento, como sucedió con la Convención.

Si bien los apelantes señalan que el genocidio es uno de los pocos "crímenes internacionales" y que, por lo tanto, los responsables pueden ser castigados en términos del derecho internacional aun cuando el derecho interno de un determinado Estado no lo considere punible, lo cierto es que para que el genocidio sea juzgado punible en Australia

con esta base, debe acreditarse que el derecho australiano autoriza ese resultado. Y no existe una norma que así lo establezca en el *common law* australiano.

Es en este punto donde el debate entre la tesis de la "incorporación" y la de la "transformación" resulta importante. Si bien la primera prevalece ahora en Inglaterra, Canadá y, quizás, en Nueva Zelanda, la posición australiana está lejos de ser clara.

Sin embargo, en el contexto de esta causa, el mencionado debate resulta un tanto académico dada la dificultad de hacer una afirmación general que alcance a todas las reglas del derecho internacional consuetudinario. Una cosa es que los tribunales de un determinado Estado estén dispuestos a tratar a una regla de derecho civil -e.g. la doctrina de la inmunidad soberana extranjera- como parte de su derecho interno, sea porque esos tribunales la juzguen "incorporada" a ese derecho o porque ha sido "transformada" por un acto judicial; otra, es que una norma del derecho internacional que incrimina una conducta que no es punible en el derecho interno exija a los tribunales locales juzgar y castigar a quien viole dicha regla.

Quizás esta sea otra forma de decir que los tribunales locales se enfrentan a la cuestión política al decidir si van a reconocer y aplicar una regla de derecho internacional. No dudamos que este tema debe resolverse en un caso penal y, ante la inexistencia de normas, negarse a aplicar la norma internacional, pues en la materia "se aplica la fuerte presunción *nullum crimen sine lege*". En el caso de una conducta criminal seria, es necesario que existan reglas de base. ¿Qué tribunales son competentes para juzgar a la persona acusada? ¿Qué procedimiento se aplica al juicio? ¿Qué sanción se le debe imponer? Es necesario resolver estas cuestiones antes de que una persona pueda ser juzgada por un delito tan terrible como el genocidio.

Si bien es sólo un indicio, la decisión que la Cámara de los Lores adoptó en el caso *Pinochet* (v. **investigaciones 2** -1999-, p. 292), sugiere la misma conclusión, no por lo que dijeron o al menos alegaron los Lores sino, más bien, por lo que no se alegó. Habitualmente, la inexistencia de un argumento carecería de importancia, pero este es un caso muy excepcional, en donde se formularon alegatos en dos oportunidades, y en el cual quienes patrocinaban la extradición de Pinochet a España estuvieron representados por abogados internacionales de primer nivel. Según el criterio que prevaleció, la extradición por todos los delitos materia de acusación podría haberse asegurado si se hubiera podido demostrar que Pinochet podía haber sido castigado en el Reino Unido antes de 1988, cuando se aprobó la ley británica que incorporó e implementó la Convención de la Tortura. Empero, y pese a que la tortura es un crimen internacional, nadie sugirió que Pinochet podría haber sido juzgado en el Reino Unido antes de esa fecha con base en la incorporación en el Reino Unido del derecho internacional consuetudinario relativo a la tortura. La única explicación de esta omisión es que quienes alegaron a favor de la extradición aceptaron que la tortura no fue un delito enjuiciable en el Reino Unido hasta la aprobación de las normas de implementación.

De lo dicho se sigue que estuvo bien rechazado el pedido de dictar las órdenes

solicitadas por los apelantes. Dada la inexistencia de normas habilitantes, el delito de genocidio no es enjuiciable en los tribunales del Territorio Capital de Australia.

El otro proceso parece basarse en la presunción de que si el genocidio es un delito penal conocido por el derecho australiano, existen remedios civiles. Esta presunción es muy cuestionable, y no resulta necesario analizarla, ya que de nuestra conclusión de que el genocidio no es actualmente enjuiciable en Australia, se sigue que la segunda premisa no puede ser reconocida.

TRIBUNAL FEDERAL DE AUSTRALIA, sentencias del 1-9-99, *Nulyarimma v. Thompson y Buzzacott v. Murray Hill et al.*

HABEAS CORPUS. DETENCIÓN PREVENTIVA. DURACIÓN (BOLIVIA).

Del análisis de los elementos de hecho y de derecho que informan el expediente, se evidencia que el recurrente ha estado privado de su libertad durante un plazo mayor de 48 horas, en violación a las previsiones consagradas por los arts. 10 y 11 de la Constitución, 118 del Código de Procedimientos Penal y 2° de la Ley de Fianza Juratoria, y que, por ende, su detención fue ilegal.

El art. 9 de la Constitución establece que nadie puede ser detenido, arrestado ni puesto en prisión sino en los casos y según las formas establecidas por ley, y el art. 91-VI de la ley n° 1836 del Tribunal Constitucional determina que si el recurso fuere declarado procedente, la autoridad recurrida será condenada a la reparación de los daños y perjuicios, cuyo monto será fijado en la misma audiencia.

El recurso de hábeas corpus ha sido instituido con el objeto de que se respete la libertad individual de las personas, y el haber puesto en libertad al detenido no destruye el hecho ilegal cometido, como lo establece el art. 91-VI de la ley n° 1836.

Por tanto, el Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los arts. 18-III, 120-7° de la Constitución y 93 de la ley n° 1836, revoca la sentencia del inferior y declara procedente el recurso, disponiendo la calificación de daños y perjuicios determinada por el art. 91-VI de la ley n° 1836, y la remisión ante el juez en lo penal del funcionario que resistió ordenes judiciales, conforme al art. 18-V de la Constitución.

Nota de la Secretaría: en el mismo sentido, v. *Alex Trigo Cortéz c/ Lic. Herminio Rodríguez Reyna, Fiscal Adscrito a la Policía Técnica Judicial*, auto constitucional n° 002/99-R, del 18-6-1999; *Dr. Saúl Vargas Mérida c/ Dr. Carlos F. Mendieta Terrazas, Fiscal de Materia*, auto constitucional del 20-7-1999, n° 014/99-R; *Efraín Viderique Encinas c/ Dr. Uby Saúl Suárez Sánchez, Fiscal Adscrito*

a la Policía Técnica Judicial y otros, auto constitucional del 19-7-1999, n° 016-99-R; Juan Carlos Acevedo Bueno e Ignacio Céspedes Flores c/ Dr. Luis Jaimes Cruz y otros, Jueces 2° de Partido de Sustancias Controladas, auto constitucional del 21-7-1999, n° 017/99-R; José Federico Morales Roca c/ Dres. Adolfo Rueda Artunduaga y Agustín Suárez Rojas, Fiscal Adscrito a la División Menores de la Policía Técnica Judicial y Juez 9° de Instrucción en lo Penal, auto constitucional del 23-7-1999, n° 020/99-R, en *op. y loc. cit.* *infra*, pp. 40, 75, 79, 80 y 87, respectivamente. Estos son algunos de los primeros fallos del Tribunal Constitucional que entró en funciones el 1 de junio de 1999, simultáneamente con la ley 1836 del Tribunal Constitucional (v. Considerando III de la Declaración Constitucional n° 1/99, del 12-7-1999), en *op. y loc. cit.* *infra*, p. 31.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, auto constitucional del 18-6-1999, n° 003/99-R, Bernardo Ruiz Roca c/ My. Víctor Balboa F., Comandante Departamental de UMOPAR, en *Gaceta Constitucional*, Sucre, n° 1, junio-julio 1999, p. 41.

HABEAS CORPUS. DIPUTADOS. PROCESAMIENTO INDEBIDO. PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS (BOLIVIA).

El recurso de hábeas corpus ha sido instituido también para proteger a las personas que estuvieran siendo indebidamente procesadas tal como textualmente lo señala el art. 18-I de la Constitución: "toda persona que se creyere estar indebida o ilegalmente perseguida, detenida, procesada (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, con poder notariado o sin él, ante la Corte Superior del Distrito...".

En el presente caso, el recurrente interpone una demanda de hábeas corpus contra el Juez 5° de Partido en lo Civil de la Ciudad de la Paz por indebido procesamiento de la Diputada Nacional Remedios Loza Alvarado.

En este caso, al admitir la demanda judicial, se ha atentado contra la prerrogativa parlamentaria reconocida por el art. 52 de la Constitución, que textualmente dice: "ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta la finalización de su mandato, sin discontinuidad, podrá ser acusado, perseguido o arrestado, si la Cámara a la que pertenece no da licencia por 2/3 de votos. En materia civil no podrá ser demandado ni arraigado desde 60 días antes de la reunión del Congreso hasta el término de la distancia para que se restituya a su domicilio". En el caso de autos no consta que se hubiera tramitado licencia o desafuero alguno de la Diputada Remedios Loza Alvarado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, auto constitucional del 23-6-1999, n° 025/99-R, Dr. Reynaldo Venegas Iporre c/ Dr. Milton Novillo Roncal, Juez 5° grado de Partido en lo Civil, en

HOMOSEXUALES. ARRENDAMIENTOS URBANOS. FAMILIA. SUCESIONES (REINO UNIDO).

1. Antecedes del caso: durante este siglo, el Parlamento ha protegido jurídicamente a los inquilinos y a ciertas personas (que han ido variando a lo largo del tiempo) a quienes éstos pueden transmitir sus derechos *mortis causa*. Desde la aprobación de la *Housing Act* de 1988, que reformó la *Rent Act* de 1977, sólo el cónyuge (real o no) sucede al otro en calidad de inquilino, pero se acuerda también un derecho más limitado -no transmisible *mortis causa*- a “la persona miembro de la familia del inquilino originario que vivía con él en el momento de su muerte y durante los dos años inmediatamente anteriores”. John Thompson alquiló un departamento de los apelados desde 1972 hasta su muerte en noviembre de 1994. Martín Fitzpatrick vivió allí con Thompson desde 1976 hasta la muerte de éste último, y ha seguido viviendo allí desde entonces. Las partes son contestes en que Thompson y Fitzpatrick integraron una relación homosexual duradera, íntima, cariñosa, leal y monogámica. Fitzpatrick promovió una acción judicial tendiente a que se lo declare “cónyuge” de Thompson o miembro de su familia y, por lo tanto, heredero *mortis causa* de los derechos derivados del contrato de locación. El tribunal de primera instancia expresó simpatía por la situación en que, en estos supuestos, se encuentran las parejas homosexuales pero rechazó la demanda. En este estado, Fitzpatrick apeló a la Cámara de los Lores.

2. Sentencia: se hace lugar a la apelación.

Uno de los miembros de una pareja homosexual no puede considerarse “cónyuge” del otro, por lo que cabe rechazar la pretensión del apelante de que la palabra “cónyuge”, en este contexto, incluye a cada una de las dos personas del mismo sexo que están íntimamente vinculadas por una relación que no es meramente transitoria y que tiene todas las características de un matrimonio, con la salvedad de que las partes no pueden tener hijos. No procede, entonces, que Fitzpatrick suceda a Thompson en dicha calidad.

Subsidiariamente, el apelante pretende ser declarado miembro de la familia del causante y titular de los derechos que, en esa calidad, le acuerda la ley de alquileres. La *Housing Act* no emplea la palabra “familia” en sentido técnico sino genérico, y el Parlamento ha dejado a los tribunales la tarea de determinar en cada caso si una determinada persona cae dentro de esta categoría. A esos efectos, resulta clave la doble exigencia legal de ser miembro de la familia y residir con el inquilino original, lo cual demuestra que la intención del legislador fue asegurar un hogar a quienes compartían sus vidas con el causante en forma de familia. En este contexto, y dadas las características de la relación entre el apelante y Thompson, no existen dudas de que, a los efectos de la aplicación de la

ley de arrendamientos, el primero forma parte de la familia del segundo y de que, por lo tanto, tiene derecho a ser reconocido como el actual inquilino.

CAMARA DE LOS LORES DEL REINO UNIDO, sentencia del 28-10-1999, *Fitzpatrick (A.P.) v. Sterling Housing Association Ltd.*, <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/fitz01.htm>.

IMPUESTOS. DISCRIMINACIÓN (HOLANDA).

Es injustificado brindar un trato fiscal diferente a los empleados que sólo usan su auto para dirigirse al lugar de trabajo y los que, además, lo usan de manera privada. Al prescribir un aumento en el precio de los impuestos del automóvil de 4% al segundo grupo, el Parlamento otorga un privilegio a un grupo que en nada se separa del resto de los empleados.

CORTE SUPREMA DE HOLANDA, sentencia del 8-5-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 470.

IMPUESTOS. MUNICIPALIDADES. AUTONOMÍA (POLONIA).

El principio de independencia financiera de las comunas sobre la base de su propio presupuesto, no les da plena libertad para percibir impuestos y usarlos para cualquier fin. Por el contrario, las comunas sólo pueden realizar las actividades autorizadas por ley. La independencia financiera no debe ser considerada, por consiguiente, autonomía financiera sino una forma de descentralización que restringe la autoridad del Estado.

No viola el principio constitucional de independencia de las comunas, la obligación de destinar los ingresos provenientes de los permisos para la venta de alcohol a los fines establecidos por la ley en contra del alcoholismo y la educación en la sobriedad.

Los derechos y obligaciones constitucionales de las colectividades locales se determinan principalmente por el principio de independencia. Por consiguiente, dichas colectividades, participan en el ejercicio de las responsabilidades públicas dentro de los límites fijados por el legislador.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 24-11-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 475.

IMPUESTOS. VIVIENDAS DESOCUPADAS (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: la ley de orientación relativa a la lucha contra las exclusiones fue cuestionada por inconstitucional, entre otros puntos, en cuanto establecía un impuesto (*taxe*) sobre las viviendas desocupadas (art. 51) y un nuevo régimen de requisición de éstas (art. 52).

2. Decisión:

2.1. Corresponde conciliar dos órdenes de exigencias constitucionales. Por un lado, las exigencias que derivan del Preámbulo de la Constitución de 1946, especialmente sus alineas 10 y 11, tal como han sido explicitadas en la decisión sobre la ley relativa a la diversidad de la vivienda: la salvaguarda de la dignidad de la persona humana contra toda forma de degradación es un principio de valor constitucional y la posibilidad para toda persona de disponer de una habitación es un objetivo de valor constitucional. Por el otro, las exigencias vinculadas al derecho de propiedad, proclamado por los arts. 2 y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y sus atributos esenciales, como el derecho de disponer de la propiedad, así como el principio de igualdad ante las cargas públicas que deriva del art. 15 de la Constitución.

Le corresponde al legislador ejecutar el objetivo de valor constitucional que constituye la posibilidad para toda persona de disponer de una habitación decente y, a ese fin, puede imponer las limitaciones que estime necesarias al derecho de propiedad, a condición de que éstas no tengan una gravedad que desnaturalice el sentido y alcances de ese derecho.

En cuanto al principio de igualdad, éste no se opone, en su generalidad, a que el legislador regule de manera diferente situaciones diferentes ni a que establezca excepciones por razones de interés general, siempre que, en uno y otro caso, la diferencia de tratamiento que de ello se siga tenga una relación directa con el objeto de la ley.

Si el art. 13 de la recordada Declaración no prohíbe al legislador imponer cargas particulares a determinadas categorías de personas, con vistas especialmente a mejorar las condiciones de vida de otras categorías de personas, de ello no debe resultar una ruptura neta de la igualdad ante las cargas públicas entre todos los ciudadanos. Luego, al determinar el asiento de una imposición, el legislador, a fin de asegurar el principio de igualdad, debe fundar su aplicación sobre criterios objetivos y razonables.

2.2. El citado art. 51 de la ley cuestionada instituye un impuesto anual sobre las viviendas desocupadas al menos durante dos años consecutivos, en las comunas cuyo listado será establecido por decreto y que pertenezcan a zonas residenciales de más de 200.000

habitantes en las que exista un marcado desequilibrio entre la oferta y la demanda de vivienda, en detrimento de las personas de ingresos modestos o desfavorecidas, que se materializa por el número elevado de demandantes de vivienda en relación al parque locativo y la proporción anormalmente elevada de viviendas desocupadas respecto del parque inmobiliario existente. Están excluidas del campo de aplicación del impuesto, cuyo producido neto integra los recursos de la Agencia Nacional para el Mejoramiento de la Vivienda, los organismos de viviendas de alquiler moderado y las sociedades de economía mixta por las viviendas de que disponen para su asignación en función de los recursos, así como las viviendas que están desocupadas por causas independientes de la voluntad del contribuyente.

2.3. En primer lugar, el impuesto no contraviene el principio de universalidad presupuestaria, pues la mencionada Agencia constituye un establecimiento público, y ninguna norma o principio de valor constitucional prohíbe afectar el producido de una imposición a dichos establecimientos.

2.4. Tampoco es admisible el agravio fundado en la incompetencia negativa, pues la ley reenvía expresamente a las leyes aplicables en materia de tasas inmobiliarias sobre las propiedades edificadas. Al prever que un decreto fijará la lista de las comunas en las que el impuesto será exigido, el legislador ha precisado también, mediante la definición de las zonas respectivas, los criterios que se imponen al poder reglamentario.

2.5. Por otro lado, las nociones de “desocupada” y de “desocupada independientemente de la voluntad del contribuyente”, son suficientemente precisas por sí mismas.

En suma, se encuentran respetadas las exigencias del art. 34.6 de la Constitución, según el cual la ley fijará las reglas concernientes al asiento de la imposición.

2.6. Las excepciones relativas a los organismos y sociedades antes aludidos no desconocen el principio de igualdad, pues aquéllos pueden tener motivos legítimos para no ocupar temporariamente las viviendas, vinculados especialmente con políticas de urbanismo o con la búsqueda de un determinado “pluralismo” (*mixité*) social en las ciudades y barrios. Además, la política de afectación de dichas viviendas es objeto de una vigilancia especial por parte de los poderes públicos, reforzada por el régimen legal especial respectivo.

Con todo, corresponde pronunciar de oficio determinadas reservas de interpretación para asegurar la conformidad de la norma con el art. 51 de la Constitución. En efecto, el impuesto cuestionado tiene por objeto incitar a las personas que disponen de viviendas susceptibles de ser alquiladas a alquilarlas, de manera que ello no sería conforme con el principio de igualdad ante las cargas públicas salvo que los criterios de sujeción estén en relación directa con dicho objeto.

3. El art. 52 cit. establece un nuevo procedimiento de requisición de viviendas, por el cual el representante del Estado en el departamento puede proceder a la requisición, por

un lapso de 1 a 6 años, de las viviendas desocupadas por más de 18 meses de las que una persona moral sea titular de un derecho real que le confiera su uso, en las comunas en las que exista un importante desequilibrio entre la oferta y la demanda de locaciones en detrimento de personas de ingresos modestos o personas desfavorecidas. La norma prevé que la requisición confiere el goce de esas viviendas a un tributario (*attributaire*), que las dará en alquiler a las personas beneficiarias, las cuales deben justificar recursos inferiores al mínimo fijado por decreto y ser designadas por el representante del Estado en el departamento en razón de sus malas condiciones de habitación. El tributario puede ser el Estado, una colectividad territorial, o un organismo de viviendas de alquiler moderado, entre otros organismos, y le corresponde efectuar los trabajos necesarios para adecuar el inmueble a las normas de habitabilidad; percibir un alquiler del beneficiario, y pagar al titular del derecho de uso una indemnización igual al importe del alquiler deducidos los gastos de amortización de los trabajos realizados y de administración.

3.1. En tal sentido, el legislador (sin perjuicio de determinada reserva de interpretación) ha rodeado al nuevo procedimiento de garantías -procesales y de fondos- suficientes, y los medios jurisdiccionales abiertos al titular del derecho de uso para impugnar la requisición son suficientemente precisos.

3.2. En cuanto al derecho de propiedad, el nuevo régimen no entraña una violación de ese derecho por lo que escapa al ámbito de aplicación del art. 17 de la Declaración cit. La limitación del derecho de uso por un tiempo determinado de los bienes objeto de requisición responde a un objetivo de valor constitucional -la posibilidad para toda persona de disponer de una vivienda decente- y no reviste una gravedad que desnaturalice el sentido y alcances del derecho en juego.

Respecto de las condiciones de indemnización del perjuicio sufrido por el titular del derecho de uso, cabe advertir que la Constitución no impone indemnización previa de simples limitaciones al derecho de propiedad. Empero, el principio de igualdad ante las cargas públicas no permitiría excluir del derecho a la reparación un elemento del perjuicio indemnizable.

4. La consulta de los archivos de los organismos encargados de los servicios de agua, gas, electricidad y teléfono, y de los pertenecientes a profesionales del sector inmobiliario, así como la visita de los locales susceptibles de requisición, autorizadas por la ley a fin de permitir a las autoridades la investigación sobre los locales desocupados e identificar a los titulares del derecho de uso, no menoscaba la inviolabilidad del domicilio ni ningún otro principio o regla de valor constitucional. En efecto, el requerido resultará siempre una persona moral, los locales respectivos se encontrarán, por hipótesis, desocupados, y están expresamente excluidas las sociedades civiles de carácter familiar. Asimismo, los agentes encargados de dichas consultas y visitas están obligados a guardar secreto, y en el caso en que titular del derecho de uso se oponga a la visita, la norma exige

expresamente la autorización de un juez judicial.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, decisión N° 98-403 DC, del 29-7-1998, en *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, 1998, ed. Dalloz, p. 276, V. asimismo, una síntesis en *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1999, n° 6, p. 6; la nota de **TRÉMAU, Jérôme**, en *Revue française de Droit constitutionnel*, ed. Puf, 1998, n° 36, p. 765; y **URIOS, André**, “La fiscalité du logement social après la loi d'orientation contre les exclusions”, en *Droit e Ville*, ed. IEJUC, 1999, n° 47, p. 225.

JUBILACIONES Y PENSIONES. REAJUSTE (CROACIA).

La Constitución faculta al legislador a modificar las leyes y a establecer un sistema totalmente nuevo de pensiones de invalidez. Sin embargo, la ley promulgada en febrero de 1997 viola la Constitución, ya que la revisión de las pensiones sobre la base del promedio del costo de vida de los seis últimos meses priva a los beneficiarios de estas pensiones del derecho a que las prestaciones se ajusten en función de la evolución de los salarios de las personas en actividad.

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 12-5-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 415.

LEGITIMACION PROCESAL. CASO JUDICIAL (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: tres diputados nacionales elegidos por el distrito electoral de una provincia, en su condición de ciudadanos y por la representación que invisten de su provincia, iniciaron una acción declarativa a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de una ley del Congreso de la Nación. La demanda fue desestimada en las instancias anteriores, por lo que los actores interpusieron un recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

2. Sentencia:

En primer lugar, debe ser examinada la legitimidad procesal de los actores, pues ello constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que habilite la intervención del Poder Judicial. Esto es así, pues la Constitución Nacional, al modo de la sección II del art. III de la Constitución norteamericana, encomienda a los tribunales el

conocimiento o decisión de causas, casos o asuntos, vale decir, de procesos en los que se persigue en concreto la determinación de un derecho entre partes adversas. Por ende, no hay causa cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de otros poderes. El fundamento de estos requisitos es el de salvaguardar el principio constitucional de la división de poderes.

Tal como lo ha destacado la jurisprudencia norteamericana, al decidir sobre la legitimación resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el estatus afirmado por los litigantes y el reclamo que se procura satisfacer. En síntesis, la parte debe demostrar la existencia de un interés especial en el proceso, o, en otras palabras, los agravios deben afectar a dicha parte de forma suficientemente directa o substancial, esto es, deben ser suficientemente concretos e inmediatos.

En tal sentido, no puede considerarse que los actores han promovido la demanda en representación de una provincia, pues los diputados no son representantes de éstas o del distrito electoral por el que fueron elegidos. Dicha representación corresponde al Poder Ejecutivo provincial.

Por otro lado, el concepto de ciudadanos es de una notable generalidad y su comprobación no es suficiente para demostrar la existencia del interés antes mencionado, que permita tener por configurado un caso.

Desde otro punto de vista, la pretensión tampoco es admisible si se observa que persigue una declaración de ilegitimidad de una ley con efectos que no se limitan a actos relacionados con un conflicto o controversia concreto, sino que se proyectan *erga omnes*, al procurar una sentencia con carácter de norma general.

En cuanto al carácter de diputados nacionales, la falta de legitimidad también es nítida, pues dicho carácter sólo habilita a los actores a actuar como tales en la Cámara que integran y con el alcance de sus funciones.

Por lo demás, no se invoca que el proceso de formación de la ley cuestionada hubiese sufrido alguna de las circunstancias que ha llevado a la Corte a hacer excepción al principio según el cual las cuestiones atinentes al mencionado proceso son ajenas a la competencia de la justicia. De este modo, cabe descartar que los apelantes hubiesen sufrido un daño, directo e inmediato, a sus prerrogativas legislativas.

En tal orden de ideas, cabe recordar los antecedentes de la Suprema Corte norteamericana en cuanto declaró la inexistencia de un caso o controversia al examinar la demanda de varios miembros del Congreso que perseguían la declaración de inconstitucionalidad de una norma, alegando que constituía una indebida delegación de funciones legislativas al Presidente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 31-3-1999, G.405.XXXIII, *Gómez Diez, Ricardo y otros c/ P.E.N. - Congreso de la Nación s/ proceso de conocimiento*.

LEY. EXTRATERRITORIALIDAD. GARANTÍAS PROCESALES (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: el acusado fue arrestado en los Estados Unidos de América por agentes de este país, en cumplimiento de una orden judicial basada en un pedido de extradición formulado por Canadá en relación a un asesinato cometido en este último país. Al realizarse el arresto, se le leyeron las advertencias "Miranda" y dijo entender cuáles eran sus derechos. Los detectives canadienses que posteriormente lo interrogaron en una cárcel norteamericana, le informaron de manera confusa su derecho a ser asistido por un abogado, después de haberle preguntado sobre sus antecedentes. El acusado negó ser el autor del delito. Durante el juicio, en Canadá, el Ministerio Público solicitó que se lo autorizara a hacer uso de dicha declaración para atacar la credibilidad del acusado. La defensa, a su vez, pretendió que la declaración había sido obtenida violando el derecho a ser asistido por un abogado, derecho que se encuentra garantizado por la Carta canadiense de los derechos y libertades. Basándose en dicha Carta, solicitó además, que se la excluyera como medio de prueba. El juez resolvió que, a pesar de haberse violado la Carta, la declaración podía ser admitida con el único objetivo de atacar la credibilidad del acusado en el curso del contrainterrogatorio. Finalmente el inculpado fue declarado culpable y la Cámara de apelación rechazó su recurso; en este estado el acusado recurrió a la Corte Suprema.

2. Sentencia:

La Carta es aplicable a la declaración del acusado, tomada por policías canadienses en los Estados Unidos de América, en el marco de una investigación sobre el delito perpetrado en Canadá, con vistas a un procesamiento penal en este último país.

CORTE SUPREMA DE CANADA, sentencia del 1-10-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 411.

LEY. LEY PROCESAL. APLICACIÓN INMEDIATA. RETROACTIVIDAD. COMPETENCIA (NORUEGA).

La aplicación retroactiva de la ley por la que se amplió la competencia internacional de las jurisdicciones noruegas a los demandados que residían en alguno de los Estados que no formaba parte de la Convención de Lugano, no es contraria al art. 97 de la Constitución.

Por regla general, toda nueva disposición legislativa en materia de procedimiento

debe igualmente aplicarse a las obligaciones preexistentes. Sin embargo, en algunos casos, la aplicación retroactiva de estas nuevas reglas puede ser injusta o irracional, lo que las haría inaplicables en virtud del principio del citado art. 97.

En este litigio, la aplicación retroactiva no es ni irracional ni injusta. Por consiguiente, el tribunal de primera instancia es competente en este caso.

CORTE SUPREMA DE NORUEGA, sentencia del 11-12-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 467.

LIBERTAD DE ASOCIACION. LIBERTAD DE CULTO. AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS (EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA).

1. Antecedentes del caso: la ley requería a las comunidades y grupos religiosos una serie de requisitos para poder ser autorizados. Entre ellos, poseer cincuenta miembros fundadores residentes en el país, que debían ser registrados según sus nombres, estado civil y domicilio. Asimismo, debía señalarse el lugar en donde las actividades religiosas se realizaban y el responsable de éstas. La información era guardada por un órgano administrativo competente en materia de comunidades y grupos religiosos, habilitado para adoptar los reglamentos concernientes, específicamente, a la administración y contenido del registro, y a dictaminar sobre la adquisición y construcción de edificios destinados a las actividades de dichos grupos o comunidades. En este estado, varias comunidades recurrieron a la Corte.

2. Sentencia:

La Constitución garantiza la libertad de profesar una religión, lo que autoriza el ejercicio de actividades religiosas fuera de las comunidades o grupos religiosos registrados.

Exigirle a un grupo religioso un número mínimo de miembros fundadores y la provisión de un gran número de informaciones personales, restringe la libertad de culto y la de los ciudadanos a constituir asociaciones para proteger ciertos derechos y convicciones.

La comunidad y grupos religiosos son independientes del Estado e iguales ante la ley.

Los ciudadanos gozan de la libertad de constituir asociaciones, de adherirse o de renunciar a éstas, siempre y cuando las actividades de estas asociaciones no tengan por objetivo el quiebre, a través de la violencia, del orden constitucional, la promoción o la incitación de la sublevación armada o el odio o la intolerancia étnica, religiosa o racial. Dichas normas se encuentran en los arts. 18 y 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

La libertad de adherir a una religión y de profesarla confirman la igualdad constitucionalmente garantizada a los ciudadanos cualquiera fuesen sus convicciones religiosas. La separación de la iglesia y del Estado tiende a impedir la ingerencia de éste en los asuntos de la iglesia y la religión, por un lado, y la ingerencia de la iglesia en la vida política y la actividad gubernamental, por el otro.

En consecuencia, la obligación de obtener una autorización administrativa para constituirse en grupo religioso restringe la libertad de confesión religiosa y permite la violación de la relación constitucionalmente establecida entre el Estado y la iglesia. Ello excede las competencias estatutarias y constitucionales de los órganos administrativos. Ninguna iglesia goza de ningún privilegio.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA EX REPUBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA, sentencia del 18-11-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 456.

LIBERTAD DE COMERCIO. ECONOMIA. MERCADOS. REPATRIACIÓN DE DIVISAS. LIBERALISMO. MULTAS (RUMANIA).

La obligación de repatriar divisas no se opone a la economía de mercado y a la libertad de comercio, pues es obligación del Estado asegurar la defensa de los intereses nacionales en la actividad económica y financiera.

El legislador está facultado para establecer multas en montos fijos o calculados en porcentajes.

CORTE CONSTITUCIONAL DE RUMANIA, sentencia del 10-11-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 483.

LIBERTAD DE CULTO. COSTUMBRES RELIGIOSAS. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 9 (AUSTRIA).

1. Antecedentes del caso: un decreto administrativo prohibía la muerte de animales sin anestesia. El demandante fue multado por permitir que se matara en su terreno según los ritos islámicos.

2. Sentencia:

La muerte de animales (ovinos y bovinos) según los ritos judíos e islámicos (sin anestesia) se considera una costumbre religiosa tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Las costumbres religiosas forman parte del ejercicio de la religión y, por consiguiente, caen dentro de la protección del art. 14 de la Ley Fundamental del 21 de diciembre de 1867, del art. 63.2 del Tratado de Saint-Germain-en-Laye y del art. 9.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La prohibición viola, entonces, estos derechos fundamentales.

Conforme al art. 60 de la Convención Europea (actual art. 53) semejante intervención sólo podría justificarse con los límites fijados en el art. 63.2 cit. Las acciones que generen inquietud en la colectividad son incompatibles con el orden público en términos del artículo citado.

El sacrificio Kascher no está incluido en este tipo de acciones. A pesar de que actualmente la prevención de la crueldad contra los animales reconoce una preocupación importante del público, su valor no puede exceder el derecho al libre ejercicio de la religión. La moral pública simplemente califica las ideas generales de las personas concernientes a un modo de vida "correcta" que son protegidas de manera explícita por los textos legislativos. El sacrificio Kascher no forma parte de la "moral pública" y no es contrario a ésta.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA, sentencia del 17-12-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 399.

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO. TRANSFERENCIA SIN ACUERDO DEL INTERESADO (ESTONIA).

Viola el derecho constitucional de elección de la residencia, la ley sobre el servicio de policía, que permitía que un funcionario policial pudiera ser asignado a otro lugar independientemente de su consentimiento, lo que lo obligaba a tener que cambiar de residencia.

Si algunos de los artículos de dicha ley quedan sin efecto, los otros deben ser interpretados a la luz de esta sentencia judicial.

CORTE SUPREMA DE ESTONIA, sentencia del 25-11-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 430.

LIBERTAD DE EXPRESION. DERECHO A MANIFESTAR. **DERECHO DE REUNION.** PRINCIPIO

DE RAZONABILIDAD (SUIZA).

1. Antecedentes del caso: la Asociación actora, que tiene por objeto la protección de los animales, solicitó autorización para organizar una manifestación frente al monasterio de Fahr, dentro del cual existen animales, lo que le fue denegado por el Consejo de distrito y por el tribunal administrativo del cantón de Schwyz. En ese estado, pidió al Tribunal federal la anulación de dicha decisión, invocando la libertad de expresión y de reunión, y agregando que la decisión restringía sus derechos fundamentales de manera desproporcionada.

2. Sentencia: se rechaza el recurso.

El uso del dominio público para hacer manifestaciones es más amplio que el uso común; por consiguiente, pueden estar sujeto a restricciones. Al examinar el pedido, las autoridades pueden tomar en cuenta motivos de policía así como otros intereses públicos, tales como la utilización adecuada de las instalaciones públicas en el interés de la colectividad y de los linderos. Las autoridades no están sólo sujetas a los principios de razonabilidad y de igualdad de tratamiento, sino que también deben respetar la libertad de expresión y de reunión. Estas obligaciones fundamentales implican, además de una obligación negativa de la autoridad pública, una obligación positiva: el Estado debe asegurarse de que las manifestaciones puedan realizarse sin ser perturbadas por movimientos opuestos. Por consiguiente, dichas autoridades tienen que sopesar los intereses, según criterios objetivos; no deben actuar en función de las ideas en juego, y no deben pronunciarse y prohibir una manifestación con base en las ideas que en ésta se postulen.

En el presente caso, corresponde tener en cuenta las características de la plaza frente al convento, que es el acceso a la iglesia para los peregrinos, y permite a los turistas contemplar la belleza del frente y del conjunto del convento. Esta función justifica una prohibición general de realizar cualquier manifestación. Asimismo, otras manifestaciones de la misma asociación provocaron disturbios en el pasado reciente.

Por otro lado, los manifestantes tienen derecho a expresar sus ideas en una plaza pública. La elección del lugar para realizarlo no corresponde, sin embargo, a los organizadores. En efecto, las autoridades pusieron a disposición de los manifestantes una plaza pública que parece apropiada para la satisfacción de los fines perseguidos por los manifestantes ya que se encuentra en el centro de la localidad y sobre la ruta que conduce al monasterio, lo que hubiese permitido a la asociación darse a conocer por un amplio público.

La prohibición, entonces, no constituye una restricción desproporcionada a la libertad de expresión y de reunión.

TRIBUNAL FEDERAL DE SUIZA, sentencia del 26-8-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 501.

LIBERTAD DE PRENSA. DELITOS DE PRENSA. DIFAMACION. ABOGADOS. INMUNIDAD JUDICIAL (FRANCIA).

Las declaraciones al periodismo vertidas por un abogado fuera del recinto de la sala de audiencias propiamente dicha y del control del presidente del tribunal, no son consideradas expresiones formuladas ante un tribunal y, por ende, no se encuentran amparadas por la inmunidad frente a los procesos por difamación del art. 41 de la ley del 29 de julio de 1881.

TRIBUNAL DE GRAN INSTANCIA DE PARIS (Sala 17°), sentencia del 14-6-1999, en *Recueil Dalloz*, París, n° 38, p. 566, con nota de **BEIGNIER, Bernard**, p. 567.

MATRIMONIO. HOMOSEXUALES. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. PODER JUDICIAL. JURISDICCIÓN. CUESTIONES ABSTRACTAS (HAWAI).

1. Antecedentes del caso: la Suprema Corte de Hawai resolvió, en 1993, que la falta de reconocimiento de los matrimonios de homosexuales constituía discriminación en razón del sexo. Esto impulsó a no menos de 30 legislaturas estatales norteamericanas a aprobar rápidamente normas protectoras del matrimonio exclusivamente heterosexual y al Congreso norteamericano a dictar la *Defense of Marriage Act* que impide el reconocimiento, a nivel federal, de los matrimonios homosexuales y autoriza a los Estados a desconocer los celebrados en cualquier otro lugar. En 1994, la legislatura de Hawai prohibió este tipo de matrimonios y, en 1998, una reforma de la constitución estatal -abrumadoramente ratificada por el electorado- facultó a las autoridades a casar exclusivamente a personas de distinto sexo. Ciertas personas homosexuales pidieron que se declarara judicialmente la inconstitucionalidad de la ley de 1994 con base en que violaba su derecho a la igualdad, y que se les permitiera casarse y, posteriormente, se reconociera su estatus matrimonial. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda. Entonces, el Estado de Hawai apeló a la Suprema Corte estatal.

2. Sentencia: se revoca la decisión del inferior.

La reforma constitucional de 1998 cambió el marco jurídico en que debe analizarse la validez de la ley impugnada, sacándola del alcance de la cláusula de la igual protección de la Constitución local, al menos en cuanto dicha norma, tanto literalmente como en lo que

hace a su aplicación, limita el acceso al estatus matrimonial a las parejas de diferentes sexos. En consecuencia, sin bien en el pasado la ley pudo resultar violatoria de dicha garantía constitucional, actualmente no merece ninguna objeción a ese respecto.

SUPREMA CORTE DE HAWAI, sentencia del 9-12-1999, *Baehr v. Miike*, <http://www.hawaii.gov/jud/20371.htm>.

MENORES. DERECHO A LA IDENTIDAD. SUPRESIÓN DE IDENTIDAD. **DERECHO A LA INTIMIDAD.** PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 16, 17, 23, 24 Y 26. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. ADMISIBILIDAD DE LAS COMUNICACIONES (NACIONES UNIDAS-ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: la Sra. Darwina Rosa Mónaco de Gallicchio, en su nombre y en el de su nieta Ximena Vicario -representada por un abogado- presentó una denuncia ante el Comité de Derechos Humanos (Comité) en la que sostuvo que ambas eran víctimas de violaciones a los arts. 2, 3, 7, 8, 9, 14, 16, 17, 23, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto). Entre sus dichos, refirió que la niña -de quien se desconocía el paradero desde el 5 de febrero de 1977, fecha en la que, con nueve meses de edad, fue conducida junto a su madre (hoy desaparecida) al Departamento Central de la Policía Federal en Buenos Aires- fue hallada, luego de investigaciones propias, en el domicilio de la enfermera S.S. (persona que tuvo orden de prisión preventiva por considerársela sospechosa de haber cometido los delitos de ocultamiento de menor y falsificación de documentos). Los exámenes genéticos realizados demostraron, con una probabilidad del 99,82%, que la niña era nieta de la señora Mónaco de Gallicchio. Afirmó la autora que las resoluciones judiciales emitidas en el caso violaron el art. 14 bis de la Constitución, que garantiza la protección de la familia, ya que: a) la niña fue sometida a una forma de tortura psicológica cada vez que la visitó S.S. (luego de concederse a la señora Mónaco la guarda “provisional” de la niña -2/1/1989-, S.S. solicitó derechos de visita que fueron concedidos por sentencia de la Corte -5/9/1989-. El 23/9/1989, basándose en informes psiquiátricos, la primera solicitó la suspensión de las visitas, siendo rechazado el pedido por falta de legitimación. Apelada esta última decisión, fue confirmada el 29/12/1989); b) la dicente no pudo ser parte del expediente tutelar, ya que sólo los padres y tutores pueden intervenir directamente en la causa -art. 19 de la ley n° 10.903-; y c) mientras no concluyan los procedimientos judiciales su nieta debe seguir llevando el nombre que le diera S.S., lo que constituye una violación de su derecho a la identidad. Por su lado, el Estado Parte reconoció que, con la desestimación de la apelación del 29/12/1989, la autora cumplió, en principio, con los requisitos sobre admisibilidad señalados en el Protocolo Facultativo. No

obstante señaló el “carácter provisional” de las decisiones judiciales en los procedimientos de adopción y tutela. Asimismo, refirió que en el caso han salido a la luz nuevas circunstancias de hecho y jurídicas que requerirán actuaciones y decisiones judiciales adicionales que pueden brindar a la presentante un recurso interno eficaz.

...

2. Decisión del Comité sobre admisibilidad

2.1. El Comité examina la cuestión de la admisibilidad de la comunicación en el curso de su 45° período de sesiones.

2.2. Respecto de las afirmaciones hechas por la autora, con arreglo a los arts. 2, 3, 7, 8 y 14 del Pacto, el Comité considera que ésta no fundamentó sus denuncias a los efectos de la admisibilidad.

2.3. El 8 de julio de 1992, el Comité decide que la comunicación era admisible en la medida en que podría plantear cuestiones en relación con los arts. 16, 17, 23, 24 y 26 del Pacto.

3. Dictamen del Comité en cuanto al fondo

3.1. El Comité ha examinado la cuestión de fondo de la comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han presentado las partes, tal como lo dispone el art. 5, párrafo 1, del Protocolo Facultativo. Fundamenta su dictamen en las consideraciones siguientes.

3.2. En cuanto a la presunta violación del art. 16 del Pacto, el Comité considera que los hechos que le han sido expuestos no corroboran la conclusión de que el Estado Parte ha denegado a Ximena Vicario el reconocimiento como persona ante la ley. En realidad, los tribunales del Estado Parte han tratado de establecer su identidad y le han expedido los correspondientes documentos de identidad.

3.3. Sobre la alegación hecha por Darwina Rosa Mónaco de Gallicchio de que se violó su derecho al reconocimiento como persona ante la ley, el Comité observa que, aunque su legítimo derecho a representar a su nieta en las actuaciones judiciales sobre tutela de la niña le fue denegado en 1989, los tribunales lo reconocieron en varias causas, en particular en la actuación para declarar la nulidad de la adopción. Aunque estos hechos no plantean ninguna cuestión en relación al art. 16 del Pacto, la denegación inicial del legítimo derecho de representación, que correspondía a la señora Mónaco, dejó efectivamente a Ximena Vicario sin la debida representación y, en consecuencia, sin la protección a la que tenía derecho en su condición de menor. Tal denegación constituye una violación del art. 24 del Pacto.

3.4. En cuanto al derecho a la vida privada de Ximena Vicario y su abuela, es evidente que el secuestro de aquélla, la falsificación de su partida de nacimiento y su adopción por S.S., constituyen numerosos actos de injerencia arbitraria e ilegal en su vida

privada y en la familiar, en violación de lo dispuesto en los arts. 17, 23.1 y 24.1, 2 del Pacto. Sin embargo, esos actos, se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor para la Argentina del Pacto y del Protocolo Facultativo -8/11/1986-, por lo que el Comité no está en situación, *ratione temporis*, de dictar una decisión al respecto (ver la decisión del Comité sobre admisibilidad en el caso de la comunicación n° 275/1988, *S.E. c. la Argentina*, que fue declarada inadmisibile *ratione temporis*, el 26 de marzo de 1990, párr. 5.3)

A pesar de ello, el Comité podría determinar que hubo violación del Pacto si se considerase que los efectos continuados de esas infracciones constituyen, en cuanto tales, violaciones del Pacto. En efecto, las graves transgresiones del Pacto cometidas por el régimen militar de la Argentina en el caso que nos ocupa han sido objeto de numerosas actuaciones ante los tribunales del Estado Parte, los cuales han defendido, en definitiva, el derecho a la vida privada y familiar de ambas mujeres.

Así, respecto de los derechos de visita otorgados inicialmente a S.S., se observó que los tribunales competentes trataron, ante todo, de determinar los hechos y establecer un equilibrio de los intereses humanos de las personas de que se trata, y que, en relación con esas investigaciones, se adoptaron varias medidas encaminadas a reparar los agravios causados a Ximena Vicario y su abuela, entre ellos, la suspensión de los derechos de visita otorgados a S.S., habida cuenta de las recomendaciones de los psicólogos y de los deseos de la propia niña. No obstante, la denegación inicial del derecho de la señora Mónaco a representar a su nieta para impugnar la decisión sobre el derechos de visita parece haber retrasado estas medidas de reparación.

3.5. Si bien el Comité reconoce la seriedad con que los tribunales argentinos trataron de reparar los daños infligidos a la presentante y su nieta, observa que la duración de las distintas actuaciones judiciales se prolongó por más de 10 años, y que algunas de ellas aún no se encuentran finalizadas. Entretanto, Ximena Vicario, que tenía 7 años cuando fue hallada, alcanzó la mayoría de edad en 1994, y no fue sino hasta 1993 que se reconoció oficialmente su identidad legal como tal.

En las circunstancias concretas del caso, el Comité estima que la protección de los niños estipulada en el art. 24 del Pacto exigía que el Estado Parte tomara medidas positivas para poner pronto y eficaz remedio a la difícil situación de la menor. En este contexto, el Comité recuerda su comentario general sobre el mencionado artículo (v. Comunicación n° 275/1988 cit.), en el que recalca que todo niño tiene derecho a las medidas especiales de protección que requiere su condición de menor; tales medidas complementan aquellas que los Estados Partes están obligados a tomar en virtud del art. 2 para garantizar a toda persona el goce de los derechos reconocidos en el Pacto.

Teniendo presente los sufrimientos que padeció la niña, quien perdió a sus padres en circunstancias trágicas imputables al Estado Parte, el Comité concluye que las medidas especiales requeridas en virtud del art. 24.1 del Pacto, no fueron aplicadas con prontitud por la Argentina, y que el no reconocimiento del derecho de la señora Mónaco a representar a su

nieta en las actuaciones judiciales relativas a la tutela y los derechos de visita, así como la demora en establecer legalmente el verdadero nombre de la menor y en emitir documentos de identidad, también constituyó una violación del art. 24.2 del Pacto, que tiene por objeto fomentar el reconocimiento de la personalidad legal del niño.

3.6. En cuanto a la presunta violación del art. 26 del Pacto, que prohíbe toda discriminación, el Comité considera que los hechos que le han sido expuestos no constituyeron fundamento suficiente para dictaminar que la señorita Vicario o su abuela fueron víctimas de discriminación.

3.7. Basándose en el párrafo 5 del art. 5 del Protocolo Facultativo, el Comité considera que los hechos que le han sido presentados pusieron de manifiesto que la Argentina violó lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del art. 24 del Pacto.

3.8. De conformidad con el art. 2.3.a) del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de garantizar a la autora y a su nieta la interposición de un recurso efectivo, en particular, para obtener indemnización del Estado por la demora en los procedimientos y el sufrimiento que, por consiguiente, debieron padecer. Además, el Estado Parte tiene la obligación de velar por que no ocurran en el futuro violaciones semejantes.

3.9. Por último, en relación con las violaciones del Pacto que tuvieron lugar antes del 8 de noviembre de 1986, el Comité insta al Estado Parte a que persevere en sus esfuerzos encaminados a investigar la desaparición de niños, establecer su verdadera identidad, proveerlos de documentos de identidad y pasaportes a su verdadero nombre, y conceder prontamente la debida reparación a ellos y a sus familias.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), Comunicación N°400/1990, *Darwina R. Mónaco c. la Argentina* (dictamen aprobado el 3 de abril de 1995, en el 53° período de sesiones), en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, volumen II, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n° 40 (A/50/40), Nueva York, 1999, p. 11.

MENORES. EQUIDAD. SEGURIDAD SOCIAL. ORGANISMOS NO GUBERNAMENTALES. HOSPITALES PÚBLICOS. GRATUIDAD. DERECHOS HUMANOS. DIVULGACIÓN. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL, RACIAL Y EN RAZÓN DE LA CLASE SOCIAL. MINAS ANTIPERSONALES. REMOCIÓN. AYUDA INTERNACIONAL (NACIONES UNIDAS-BOLIVIA).

1. El Comité expresa su reconocimiento por la promulgación de la Ley de Participación Popular (1994), mediante la cual se establece el principio de la distribución equitativa por habitante del total de los recursos de coparticipación tributaria asignados y remitidos a las regiones, y se procura corregir las disparidades históricas entre zonas urbanas y rurales. Esta iniciativa refleja la recomendación efectuada en CRC/C/15/Add.1, párr. 14.

Asimismo, el Comité acoge con especial beneplácito el establecimiento, como parte del programa de descentralización, del sistema de defensa municipal para los niños.

2. El Comité toma nota con reconocimiento, tanto de la participación de organizaciones no gubernamentales en la elaboración del segundo informe periódico del Estado Parte y en la reforma del Código del Menor (1992), con arreglo a la recomendación oportunamente cursada (cit., párr. 18); como en la adopción del plan del Seguro Nacional de Maternidad y Niñez (1996), mediante el cual los hospitales públicos y centros de salud del país proporcionan atención gratuita a todas las madres durante todo el proceso del embarazo, parto y posparto y a todos los niños hasta los 5 años de edad.

3. Aunque el Comité toma nota de la voluntad del Estado Parte de iniciar una campaña en gran escala sobre los derechos de los niños después de la promulgación del nuevo Código de los Niños, Niñas y Adolescentes, expresa su preocupación porque hasta ahora no se hayan tomado medidas para aplicar su recomendación (cit., párr. 17) sobre la amplia difusión de información acerca de las disposiciones de la Convención, en especial en los tres idiomas nacionales distintos del español (aymara, quechua y guaraní) hablados en el Estado Parte. Sobre el punto, el Comité sugiere que se solicite asistencia del UNICEF, entre otras entidades.

4. El Comité reitera su preocupación (cit., párr. 8) por la aplicación del art. 1 y otras disposiciones conexas de la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención), en vista de las desigualdades en la legislación interna, en especial en relación con las edades mínimas legales para el acceso al trabajo y al matrimonio. Al Comité también le preocupa el empleo de criterios biológicos de pubertad para establecer diferentes edades de madurez para los niños y las niñas. Esta práctica es contraria a los principios y disposiciones de la Convención y constituye una forma de discriminación basada en el sexo que afecta el disfrute de todos los derechos. Se recomienda que el Estado Parte introduzca enmiendas apropiadas en el Proyecto de Código de los Niños, Niñas y Adolescentes y que eleve las edades mínimas legales para el trabajo y el matrimonio, para lograr la plena conformidad con los principios y disposiciones de la Convención.

En relación con la aplicación del art. 2 de la Convención, el Comité reitera su preocupación (cit., párr. 9) por el aumento de las disparidades existentes entre las zonas rurales y urbanas, así como por el aumento de la población residente en zonas urbanas pobres y marginadas. Además, también es motivo de gran preocupación el predominio de la discriminación sobre la base del origen étnico, el sexo, la condición social y las discapacidades. Se reitera la recomendación al Estado Parte (cit., párr. 14) y se le encomienda, además, que incremente las medidas para reducir las desigualdades económicas, incluidas las existentes entre las zonas rurales y urbanas, y para prevenir la discriminación

contra los grupos indígenas, las niñas, los niños discapacitados, los nacidos fuera del matrimonio y aquellos que viven o trabajan en la calle.

5. El Comité expresa su preocupación por la situación de los niños residentes en pueblos de la frontera con Chile, cuyas vidas están amenazadas por las minas terrestres sembradas en esa región. Recomienda que el Estado Parte adopte todas las medidas necesarias, incluidos programas de concienciación sobre las minas terrestres y la formación de la población en general, para proteger a los niños que viven en esos lugares. A este respecto, el Comité alienta al Estado Parte a que considere la posibilidad de solicitar la cooperación internacional, así como la celebración de consultas bilaterales para la remoción de las minas terrestres.

COMITE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Naciones Unidas), “Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Bolivia”, en *Informe sobre el 19º período de sesiones* (Ginebra, 21 de septiembre a 9 de octubre de 1998), Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/C/80, 9-10-1998, pp. 24/31, párrafos 91, 92, 93, 100, 103, 104 y 114.

MENORES. PROTECCIÓN. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. PODER JUDICIAL. DERECHO DEL MENOR A LA ASISTENCIA JURÍDICA (NACIONES UNIDAS-ECUADOR).

1. El Comité expresa su preocupación, en lo que respecta a la aplicación del art. 1 y conexos de la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención), por las disparidades que existen en la legislación ecuatoriana relativas a la definición del niño.

Lo mismo ocurre por el uso del criterio biológico de la pubertad para fijar distintas edades de madurez en los niños y niñas. Esta práctica es contraria a los principios y disposiciones de la Convención y constituye una forma de discriminación basada en el sexo que afecta al disfrute de todos los derechos.

Por lo expuesto, se recomienda al Estado Parte que reexamine su legislación nacional para lograr su plena conformidad con los principios y disposiciones de la Convención

2. En cuanto al sistema de justicia de menores en el Estado Parte, el Comité manifiesta su preocupación por la plena compatibilidad de ese sistema con los arts. 37, 39 y 40 de la Convención y con otras normas pertinentes, tales como las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad.

En particular, el Comité está preocupado porque la privación de libertad no se usa sistemáticamente como último recurso, por la lentitud con que se tramitan los casos, por la

insuficiente provisión de asistencia jurídica a los menores y por la situación de los niños menores de 7 años que viven en cárceles con uno de sus progenitores.

Nota de la Secretaría: con relación al punto 2, v. en igual sentido, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño a los Estados de Irak (pp. 17/24, párrafo 86), Bolivia (pp. 24/31, párrafos 110 y 117), Kuwait (pp. 31/38, párrafo 150) y Tailandia (pp. 38/47, párrafo 182), en *op. cit. infra*.

COMITE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Naciones Unidas), “Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Ecuador”, en *Informe sobre el 19º período de sesiones* (Ginebra, 21 de septiembre a 9 de octubre de 1998), Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/C/80, 9-10-1998, pp. 10/17, párrafos 40 y 55.

MENORES. PROTECCIÓN. ENSEÑANZA OBLIGATORIA (NACIONES UNIDAS-TÚNEZ).

Preocupa al Comité la discrepancia entre la edad prevista en la ley para la terminación de la enseñanza obligatoria, que es de 16 años, y la edad mínima para el empleo, que es de 15 años en el sector industrial y de 13 años en el sector agrícola. Esta circunstancia podría empujar a los adolescentes a abandonar la enseñanza secundaria.

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Naciones Unidas), “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Túnez”, en *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto*, Consejo Económico y Social, E/C.12/1/Add.36, 14-5-1999, punto 17.

MENORES. PROTECCIÓN. SANCIONES INTERNACIONALES. EMBARGO. DERECHO A LA SALUD. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA EDUCACION (NACIONES UNIDAS-IRAK).

A la luz de la Observación general N° 8 aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997) y de la decisión 1998/114 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, el Comité observa que el embargo impuesto por el Consejo de Seguridad ha afectado negativamente la economía en muchos aspectos de la vida diaria, lo que impide que la población del Estado Parte, especialmente los niños, goce plenamente de sus derechos de supervivencia, a la salud y a la educación.

COMITE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Naciones Unidas), “Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Irak”, en *Informe sobre el 19º período de sesiones* (Ginebra, 21 de septiembre a 9 de octubre de 1998), Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/C/80, 9-10-1998, pp. 17/24, párrafo 62.

MENORES. RESPONSABILIDAD PENAL. EDAD LEGAL. MATRIMONIO (NACIONES UNIDAS-KUWAIT).

El Comité toma nota con inquietud de que la edad legal de responsabilidad penal, 7 años, es muy baja. También le inquieta la baja edad legal mínima para el matrimonio de las niñas, 15 años, mientras que para los varones esa edad está fijada en los 17.

Ante ello, el Comité recomienda: a) subir la edad legal mínima de responsabilidad penal teniendo en cuenta las disposiciones y los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas pertinentes de las Naciones Unidas; y b) que el Estado Parte, con arreglo a tales disposiciones y principios, en especial los arts. 1, 2, 3, 6, 12 y 24, disponga todo lo necesario para elevar la edad mínima legal para el matrimonio de las niñas, por lo menos, a aquella fijada para los varones.

COMITE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Naciones Unidas), “Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Kuwait”, en *Informe sobre el 19º período de sesiones* (Ginebra, 21 de septiembre a 9 de octubre de 1998), Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/C/80, 9-10-1998, pp. 31/38, párrafo 133.

PRESIDENTE DE LA NACION. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: el actor impugnó judicialmente la constitucionalidad de dos decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo en 1996, en virtud de los cuales se veía privado de continuar percibiendo determinadas asignaciones familiares. La sentencia de primera instancia acogió favorablemente la demanda, lo que fue confirmado por la Cámara de Apelaciones. En tales condiciones, el Estado Nacional interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

2. Sentencia:

2.1. Para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, como principio, le son ajenas (decretos de necesidad y urgencia), es necesaria, entre otras, la configuración de alguna de estas dos circunstancias: a) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución; o b) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser resuelta inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Corresponde confirmar el fallo de la Cámara. Primeramente, los decretos cuestionados tendían a derogar una ley del Congreso, pues contenían modificaciones al régimen de asignaciones familiares dispuesto por el Congreso Nacional, régimen este que establece la garantía de la protección integral de la familia contenida en la Constitución Nacional (art. 14 bis) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.1) que goza de jerarquía constitucional. Luego, el Poder Ejecutivo ejerció una actividad legislativa, con injerencia en la función propia del Congreso de la Nación.

Ahora bien, la reforma de 1994, que introdujo en el texto constitucional los decretos de necesidad y urgencia (art. 99.3), no eliminó el sistema de separación de las funciones del gobierno, que constituye uno de los contenidos esenciales de la forma republicana de gobierno prevista en el art. 1 de la Constitución Nacional. La reforma mencionada fue fruto de una voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, la atenuación del sistema presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial.

En tal sentido, el nuevo artículo constitucional antes citado no deja lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que establecen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989. Esto es así, por cuanto el párrafo tercero del citado art. 99.3 expresa: “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, (el Poder Ejecutivo) podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que deberán ser decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”. A continuación, dicha norma regula exigencias formales para la comunicación del decreto a una comisión bicameral permanente del Congreso, y para su tratamiento en ambas cámaras.

Por ende, la mencionada norma constitucional ha definido el estado de necesidad, que se presenta únicamente “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”. Así, el ejercicio válido de las facultades en juego requieren la concurrencia de particulares circunstancias. La hipótesis a), arriba señalada, se presentaría, a juicio de la Corte, cuando las cámaras del Congreso no pudieran reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo

impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen la reunión del Congreso o el traslado de los legisladores a la Capital Federal.

2.2. Corresponde al Poder Judicial, en una causa judicial, el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite el dictado de decretos de necesidad y urgencia, lo cual comprende la evaluación de los fundamentos de hecho que los justifiquen.

En cuanto a la evaluación judicial de los fundamentos de hecho de la medida, deben descartarse criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias de extrema necesidad, puesto que la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o el medio rápido de un decreto.

En este sentido, los considerandos de uno de los decretos impugnados se limitan a sostener que “resulta imperativa” la incorporación al ordenamiento jurídico de las pautas de un acuerdo suscripto en 1994 entre representantes del gobierno y de las asociaciones representativas del trabajo y la producción, y que resulta “indispensable” adecuar el régimen a la disponibilidad de recursos, así como que la prolongación del *status quo* agravaría el deterioro financiero del régimen de asignaciones familiares y el incumplimiento de sus fines. Estas afirmaciones, resultan dogmáticas e insuficientes, pues no alcanzan a justificar la imposibilidad de revitalizar el mencionado régimen por medio de la función legislativa del Congreso de la Nación, máxime cuando lo que está en juego son derechos sociales, protegidos explícitamente en la Constitución Nacional. Estos derechos pueden y deben ser reglamentados por leyes formales -fruto de los debidos consensos obtenidos por los representantes para dar respuestas adecuadas a las necesidades de la comunidad-, pero nunca aniquilados, ni aun en la emergencia.

Nota de la Secretaría: si bien la mencionada reforma de la Constitución Nacional producida en 1994 introdujo los decretos de necesidad y urgencia en el texto constitucional, la validez de éstos, bajo determinadas condiciones, ya había sido admitida con anterioridad por la jurisprudencia de la Corte Suprema (v. caso *Peralta y otros c. Estado Nacional*, del 27-12-1990).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (dos jueces formularon votos concurrentes y tres jueces votaron en disidencia), sentencia del 19-8-1999, V.916.XXXII, *Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo*.

PRESUPUESTO (LETONIA).

El art. 66.2 de la Constitución dispone que, para adoptar una ley o una decisión que

implique un gasto del tesoro, la Saeima debe tener en cuenta el presupuesto de base. Si la Saeima adopta una decisión que genere gastos no previstos en el presupuesto, tiene que indicar los modos de financiar dichos gastos. Puede hacerlo modificando el presupuesto del Estado o estableciendo que la ley en cuestión entrará en vigencia cuando se modifique la ley de presupuesto.

Por ello, corresponde anular la ley cuestionada.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LETONIA, sentencia del 27-11-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 460.

PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD. DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS. DELITOS PERMANENTES. PRESCRIPCIÓN. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: el actor inició demanda contra el Estado Nacional y dos ex jefes de la Armada Argentina, por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la privación ilegítima de la libertad y posterior desaparición de sus padres y de sus dos hermanos en julio de 1976. La demanda fue acogida favorablemente contra el Estado Nacional, rechazada contra uno de los dos mencionados ex jefes (Armando Lambruschini), mientras que el restante, Emilio Eduardo Massera, fue condenado parcialmente en la medida en que una anterior sentencia penal admitió su participación en la privación ilegítima de la libertad calificada, mas no en las muertes. Los condenados recurrieron ante la Corte Suprema respecto del rechazo de sus defensas de prescripción, y el actor lo hizo en cuanto a la aludida absolución parcial.

2. Sentencia:

2.1. La privación ilegal de la libertad y la desaparición forzada de personas constituyen delitos permanentes.

El carácter permanente de dichos delitos se extiende hasta que se establezca el destino o paradero de la víctima.

La causa de la obligación reclamada es un delito que se perpetró a partir de julio de 1976 y tuvo ejecución continuada en el tiempo. La noción de delito permanente aplicada a la privación ilegal de la libertad y desaparición forzada de personas forma parte de su jurisprudencia tradicional, a lo que se suma que dicho carácter de delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, ha sido recogido recientemente por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en vigor en la Argentina y que goza de jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia (art. 75.22

de la Constitución Nacional).

2.2. La prescripción de la acción civil derivada de los mencionados delitos permanentes comienza a correr desde que cesa el estado de incertidumbre.

El punto de arranque del curso de la prescripción según el Código Civil, debe ubicarse a partir del momento en que la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción. Ello acontece, en general, cuando sucede el hecho ilícito que origina la responsabilidad. Pero, excepcionalmente puede determinarse un momento diferente, ya sea porque el daño aparece después o bien porque no puede ser adecuadamente apreciado hasta el cese de una conducta ilícita continuada. Dado que la privación de la libertad fue seguida por la desaparición de los familiares del actor, quien no tuvo conocimiento o noticia sobre su cautiverio o fallecimiento, esta situación obstó a la comprensión por el damnificado de la magnitud del daño y, por ende, a la posibilidad de computar el plazo de la prescripción liberatoria del deudor. Asimismo, el expediente da cuenta del afán y de la desesperación con que el actor buscó infructuosamente obtener datos sobre sus padres y hermanos.

En atención a que el Estado Nacional nunca informó sobre la muerte de los familiares del demandante ni éstos aparecieron con vida, el *dies a quo* del plazo de prescripción debe situarse, en el caso, en la fecha en que, en virtud de la ficción constituida por la declaración judicial de muerte presunta de las víctimas, se puso término desde el punto de vista jurídico al estado de incertidumbre. A estos fines, no interesa la fecha establecida judicialmente como de fallecimiento presunto de las víctimas, sino la del dictado de la sentencia que así definió la situación de los desaparecidos. Al respecto, no merece ninguna objeción que el curso de la prescripción quede librado a la iniciativa de los interesados, pues la causa de la obligación es un acto ilícito de ejecución continuada al que los interesados ponen fin a través de una ficción jurídica de efectos civiles relevantes.

Finalmente, cabe rechazar el recurso del actor relativo a la condena parcial de Massera. Aun cuando el funcionario que comete una conducta irregular debe por ello responder civilmente, la ilicitud debe ser demostrada. En tal sentido, la única prueba atinente a los actos de dicho demandado consistió en los hechos juzgados en la causa penal arriba citada, cuya sentencia lo había condenado no por la muerte de los familiares del demandante sino sólo por la privación ilegítima de la libertad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (un juez formuló un voto concurrente), sentencia del 31-8-1999, T.108 y T.71.XXXIII, *Tarnopolsky, Daniel c/ Estado Nacional y otros s/ proceso de conocimiento*.

PROCESO PENAL. AGENTE ENCUBIERTO. RESPONSABILIDAD PENAL. FUNCIONES (PORTUGAL).

1. Antecedentes del caso: conforme a la norma impugnada, los agentes de la policía judicial no son responsables penalmente cuando, con el objetivo de investigar y sin revelar su cargo ni su identidad, adquieren, conservan, transportan o entregan sustancias sicotrópicas. Por otra parte, el agente encubierto debe librar un acta e incluirla en el expediente, dentro de las 24 horas. En la especie, el planteo constitucional no se relacionó con la admisibilidad de la prueba obtenida por el agente encubierto o la impunidad de su acción, sino sólo con la existencia o no de una investigación preliminar específica.

2. Sentencia:

El procedimiento penal se rige por el principio de libertad de formas, en el sentido de que es admisible emplear cualquier fuente y medio de prueba para probar los hechos, y que ninguno de éstos debe respetar una forma determinada preestablecida por la ley.

A pesar de que la verdad sea, en el sistema penal, un deber ético y jurídico, existen, no obstante, límites basados en el respeto del derecho a la integridad moral y física de las personas, enunciados en el art. 25 de la Constitución y desarrollados en los arts. 32.8 y 34.4 de dicho texto. Estos son: garantías procesales penales; nulidad de las pruebas obtenidas a través de tortura, apremios, ataque a la integridad física y moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, el domicilio, la correspondencia o en las comunicaciones.

Por consiguiente, las pruebas serán nulas cuando la violación de la forma en que fueron obtenidas o producidas entra en conflicto con los principios cuya importancia sobrepasa el valor de la prueba, o sea, cuando el uso de ciertos medios viola la intimidad y atenta contra las reglas elementales de lealtad a tal punto que, las razones éticas que imponen la verdad material, no lo pueden permitir.

Lo fundamental en este caso es que el policía no sea instigador ni provocador de la infracción, sino que se limite a familiarizarse con el delincuente para vigilarlo mejor, a recoger o reunir los elementos de prueba del crimen. Además, estas prácticas deben ser autorizadas previamente, o posteriormente por la autoridad judicial.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, sentencia del 14-10-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 478.

PROCESO PENAL. SEPARACIÓN DE FUNCIONES. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 5 (SUIZA).

Viola la garantía del art. 5.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), el hecho de que una misma persona tenga autoridad para ordenar una detención y para formular, posteriormente, la acusación pública. El art. 5 de la Convención,

garantiza de manera general el derecho a la libertad y a la seguridad. Toda persona arrestada tiene derecho a ser inmediatamente llevada ante un juez u otro magistrado habilitado por ley para ejercer funciones judiciales. Esta persona tiene que ser imparcial e independiente. Cabe dudar de estas características si la persona que ordenó la detención, actúa luego como fiscal.

TRIBUNAL FEDERAL DE SUIZA, sentencia del 23-9-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 502.

RESPONSABILIDAD MEDICA. OBLIGACIÓN DE DAR SEGURIDAD. OBLIGACIÓN DE ASEGURAR RESULTADOS. INFECCIÓN HOSPITALARIA (FRANCIA).

La omisión del médico de informar al paciente sobre el riesgo de adquirir una enfermedad hospitalaria en ocasión de implantarle una prótesis, hace perder a éste el derecho a optar con pleno conocimiento por someterse o no -al menos inmediatamente- a la intervención quirúrgica que se le proponía. Este error médico hizo perder al paciente la posibilidad de evitar un menoscabo a su integridad física, siendo el daño así resultante función de la gravedad de su estado real y de todas las consecuencias derivadas del mismo. La reparación no se limita al daño moral sino que incluye un porcentaje de las diferentes causas de perjuicio que haya sufrido, de modo que los terceros pagadores pueden recuperar la suma abonada a la víctima -con excepción de la parte de la indemnización que tenga naturaleza personal- con fundamento en las prestaciones que han realizado en relación al hecho perjudicial.

El contrato de hospitalización y de tratamiento suscripto entre el paciente y el nosocomio pone a cargo de este último, en relación a las enfermedades hospitalarias, una obligación de resultado, de la cual sólo puede liberarse acreditando la existencia de una causa que no le sea imputable. A este respecto, el médico tiene idénticas obligaciones frente a su paciente.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Civil 1a.), sentencia del 29-6-1999, en *Recueil Dalloz*, París, 1999, n° 38, p. 559, con nota de **THOUVENIN, Dominique**, pp. 560/566.

SINDICATOS. FUNCIÓN PÚBLICA. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. PROHIBICIÓN (POLONIA).

El ejercicio de las funciones de los empleados de la Oficina de verificaciones de las cuentas del Estado supone un alto grado de discreción, ligado a la seguridad del Estado. Por

consiguiente la independencia debe ser una característica esencial de todos los empleados de dicho organismo, y éstos deben estar protegidos de cualquier presión interna o externa. La pertenencia de un empleado a un sindicato se considera una declaración de sus preferencias políticas contraria a la naturaleza y al sentido de las funciones que ejerce.

Por lo tanto, impedir a los empleados en cuestión que se afilien a un sindicato, no contradice el derecho constitucional a la libertad de asociación.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 17-11-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1998, 3, p. 474.

SINDICATOS. LIBERTAD SINDICAL. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ALCANCES (ESPAÑA).

1. Este Tribunal, desde la STC 38/1981, ha venido subrayando cómo la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad.

En consecuencia, dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 de la Constitución (CE) se encuadra, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una "garantía de indemnidad" (STC 87/1998), que veda "cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores" (STC 74/1998).

En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda "perjudicado" por el "desempeño legítimo de la actividad sindical" (STC 17/1996).

2. En principio, no corresponde al Tribunal determinar si el demandante de amparo debe o no percibir el complemento de trabajo reclamado ante el Juzgado de lo Social, cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los jueces y tribunales (art. 117.3 CE). Pero sí corresponde valorar, desde la perspectiva constitucional que le es propia y a la vista del invocado derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), la razón o el argumento en virtud del cual la sentencia impugnada niega al solicitante de amparo el derecho a percibir aquel complemento. Y, conforme reiterada doctrina del Tribunal, estando en juego un derecho fundamental sustantivo, como aquí ocurre (derecho de libertad sindical; art. 28.1

CE), y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas (SSTC 94/1995, 127/1995, 188/1995, 17/1996 y 37/1998).

3. Hay que recordar, ante todo, que la doctrina constitucional rechaza que el ejercicio del derecho de libertad sindical pueda conllevar perjuicios o menoscabos o tenga consecuencias negativas en la situación profesional o económica del titular del derecho. Desde esta perspectiva, cabe constatar que un liberado o relevado de la prestación de servicios por realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo. Lo anterior puede constituir un obstáculo, objetivamente constatable, para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos (art. 7 CE), que son los representantes institucionales de aquéllos, como este Tribunal viene diciendo desde las SSTC 70/1982 y 37/1983.

4. Existe un claro mandato de no discriminar ni perjudicar al representante sindical, singularmente en materia retributiva, por el hecho de serlo. Y la sentencia impugnada no se ha ajustado a ese mandato, toda vez que ha establecido un peor trato retributivo en perjuicio del demandante de amparo en relación con sus dos compañeros de trabajo, sin enjuiciar si con ello quedaba o no obstaculizada la actividad sindical desplegada por aquél.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 29-9-1998, nº 191/1998, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 52, septiembre-diciembre de 1998, p. 164.

TORTURAS Y MALOS TRATOS (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: el peticionante Ahmed Selmouni es ciudadano holandés y marroquí, y actualmente está en prisión en Francia. Entre el 25 y el 29 de noviembre de 1991 estuvo arrestado por la policía de Bobigny y fue interrogado por policías del Departamento de Investigaciones de Seine-Denis en relación a un proceso de tráfico de drogas. Durante dicho arresto, fue examinado seis veces por médicos que emitieron certificados. Cuando fue llevado ante el juez que conducía la investigación (en el curso de

un proceso en el cual, el 7 de diciembre de 1992 el Tribunal Penal de Bobigny lo condenaría a 15 años de prisión), dicho magistrado ordenó que fuera objeto de una pericia médica. Posteriormente, al quedar detenido judicialmente, el peticionante fue nuevamente examinado por el departamento médico de la cárcel de Fleury-Mérogis. El 7 de diciembre de 1991 el experto médico designado por el juez instructor revisó a Ahmed Selmouni y enumeró las lesiones visibles que tenía en su cuerpo, llegando a la conclusión de que se le habían infligido mientras estaba arrestado por la policía. El 1 de diciembre de 1992 un funcionario de la Inspección Nacional de la Policía interrogó por primera vez al peticionante en relación a este tema y al día siguiente envió al Fiscal Público de Bobigny el acta en que consta esta declaración. El 1 de febrero de 1993 Selmouni promovió una acción penal, y solicitó ser tenido como parte querellante, denunciando "que, entre el 25 y 29 de noviembre de 1991, funcionarios de policía en ejercicio de sus funciones [le habían infligido] violencia y agresión física que le ocasionaron lesiones corporales reales, las cuales causaron su incapacidad laboral absoluta durante más de 8 días; violencia y agresión física con un arma (a saber, un bate de *baseball*); violencia y agresión física resultante en una incapacidad permanente (a saber, la pérdida de un ojo); y violación con la colaboración e instigación de dos o más cómplices". El 22 de febrero de 1993, el Tribunal de Gran Instancia de Bobigny inició una investigación judicial, a instancias del peticionante y de otra persona que había estado arrestada por la policía. El 10 de febrero de 1994 se organizó un reconocimiento en rueda de personas, y el peticionante seleccionó a cuatro oficiales de policía (un quinto fue identificado por el otro querellante el 7 de marzo de 1996). La Corte de Casación, mediante sentencia del 27 de abril de 1994, resolvió quitar la causa al juez instructor de Bobigny y trasladarla a un juez adscrito al Tribunal de Gran Instancia de Versailles, en aras de una adecuada administración de justicia. En enero, febrero y marzo de 1997 fueron acusados los policías identificados los cuales, el 21 de octubre de 1998, fueron sometidos a juicio ante el Tribunal Criminal por violencia y agresión física resultantes en incapacidad para trabajar durante menos de 8 días y abuso deshonesto cometido en forma colectiva y con violencia y coerción. El Tribunal Penal de Versailles, mediante sentencia del 25 de marzo de 1999, condenó al policía que había estado a cargo, a 4 años de prisión y ordenó su inmediata detención; los demás policías fueron sentenciados a 3 años de prisión. El 1 de julio de 1999 la Cámara de Apelaciones de Versailles condenó a los policías por haber ejercido, mientras cumplían con sus deberes y sin fundamento legítimo, violencia o agresión física usando o con amenaza de usar un arma, resultante en una incapacidad laboral absoluta durante menos de 8 días, en el caso de Selmouni, y de más de 8 días en el caso de la otra víctima. Impuso al policía que estaba a cargo, una pena de 18 meses de prisión, quedando 15 de ellos en suspenso; a los otros, de entre 12 y 15 meses de prisión en suspenso. El 28 de diciembre de 1992 Selmouni presentó una petición ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (Comisión). Esta, alegando la violación a los arts. 3 y 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), declaró admisible la solicitud y el 11 de diciembre de 1997 adoptó un informe

en donde estableció los hechos y expresó su opinión unánime de que había existido una violación de dichos artículos. El 16 de marzo de 1998, la Comisión sometió el caso a la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte). El gobierno holandés también llevó el caso ante dicho tribunal. Conforme a las disposiciones transitorias del Protocolo N° 11 de la Convención, el caso fue trasladado a la Gran Sala de la Corte el 1 de noviembre de 1998, fecha de entrada en vigencia de dicho Protocolo. El peticionante alegó que el mal trato sufrido durante su arresto policial y la duración de los procesos vinculados a su denuncia penal y a su solicitud de ser admitido como querellante, violan los arts. 3 (que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes), y 6.1 (que garantiza el derecho a una decisión sobre los derechos y obligaciones civiles dentro de un "plazo razonable") de la Convención.

2. Sentencia:

2.1. Objeciones preliminares del Gobierno

El principal alegato del Gobierno es que la Corte, en este estadio, no puede examinar la pretensión del peticionante fundada en el art. 3 de la Convención, ya que éste no ha agotado los remedios internos. El Gobierno afirma que la solicitud del peticionante de ser admitido como querellante en el proceso penal seguido contra los policías, constituye un remedio ordinario suficiente para reparar los daños denunciados.

La cuestión planteada no consiste en establecer si se hizo una investigación -ya que se acreditó en forma concluyente que la respuesta es afirmativa-, sino si ésta se realizó con diligencia y si las autoridades estaban resueltas a identificar y a procesar a los responsables; en otras palabras, si la investigación fue "eficaz". Tal como surge claramente de los certificados médicos que las autoridades conocían, la denuncia de Selmouni cuanto menos merecía consideración y era particularmente seria, tanto por los hechos alegados como por el estatus de las personas comprometidas.

Las autoridades no adoptaron las medidas positivas que en esas circunstancias eran necesarias para asegurar que el remedio mencionado por el Gobierno fuera eficaz. En consecuencia, dado que el Gobierno no ha brindado una explicación convincente de la "eficacia" y "suficiencia" del remedio en que busca sustento -a saber, de la denuncia penal junto a la solicitud de ser admitido en el proceso en calidad de querellante-, cabe juzgar que el remedio ordinario con que contó el peticionante no fue, en este caso, suficiente para reparar las violaciones que había denunciado. Por ello, no es admisible la objeción del Gobierno fundada en la falta de agotamiento de los remedios locales. Empero, esta decisión se limita a las circunstancias del caso y no debe ser interpretada como una declaración general de que una denuncia penal, formulada conjuntamente con una solicitud de ser admitido en un proceso penal en calidad de querellante, nunca constituye un remedio que deba ser usado en caso de una imputación de malos tratos durante un arresto policial.

2.2. Art. 3 de la Convención

En relación a los hechos, es de destacar la existencia de varios certificados médicos

que contienen información precisa y concordante, y la inexistencia de cualquier explicación plausible de la forma en que se causaron las lesiones. En el contexto de la petición formulada por Selmouni, las afirmaciones que no están respaldadas por informes médicos también pueden considerarse acreditadas, con excepción de las alegaciones de violación y de pérdida de agudeza visual.

Todas las lesiones mencionadas en diversos certificados médicos y las declaraciones del peticionante, relativas al mal trato que recibió mientras estaba detenido por la policía, demuestran la existencia de dolor y sufrimiento físico e indudablemente mental, pese a la lamentable omisión de ordenar un informe psicológico de Selmouni luego de los hechos de los que se agravia. El curso de los acontecimientos también demuestra que el dolor y el sufrimiento le fueron ocasionados intencionalmente con el propósito, entre otros, de hacerle confesar el delito del que era sospechoso. Finalmente, los certificados médicos anexados a estas actuaciones demuestran claramente que los numerosos actos de violencia fueron directamente cometidos por oficiales de la policía en cumplimiento de sus deberes.

Los hechos denunciados generaron en el peticionante sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, susceptibles de humillarlo y degradarlo, y posiblemente de vencer su resistencia física y moral. Por lo tanto, hay elementos suficientemente serios como para determinar la existencia de tratos inhumanos y degradantes.

Es necesario establecer en este caso si el "dolor y sufrimiento" producidos a Selmouni pueden ser definidos como "graves" (*severe*) en términos del art. 1 de la Convención. Esta "gravedad" (*severity*) -al igual que la "gravedad mínima" (*minimum severity*) exigida para la aplicación del art. 3- es relativa ya que depende de todas las circunstancias del caso, tales como la duración del maltrato, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima.

Se encuentra establecido que Selmouni recibió un gran número de trompadas. Cualquiera sea el estado de salud de una persona, puede presumirse que esta intensidad de golpes le causa un dolor sustancial. Además, si bien una trompada no deja automáticamente una marca visible en el cuerpo, del informe médico del 7 de diciembre de 1991 surge que las marcas de la violencia ejercida sobre Selmouni cubrían casi todo su cuerpo.

También es de observar que el peticionante fue víctima de varios actos que resultan horribles y humillantes para una persona, cualquiera sea su condición.

Finalmente y sin justificar este trato de ningún modo, lo cierto es que los sucesos anteriormente descriptos no se produjeron en un período determinado del arresto policial en que una agudización de la tensión y las pasiones haya dado lugar a estos excesos. Se ha establecido claramente que Selmouni sufrió reiteradas y continuas agresiones físicas durante varios días de interrogatorio.

En estas circunstancias, la violencia física y mental, considerada como un todo, ejercida contra la persona del solicitante, le produjo dolor y sufrimiento "graves" y particularmente serios y crueles. Estas conductas deben ser consideradas actos de tortura a

los fines del art. 3 de la Convención.

2.3. Art. 6.1 de la Convención

El período que debe tomarse en consideración para examinar la duración del proceso en términos de la exigencia del "plazo razonable" prevista en el art. 6.1 comenzó cuando el peticionante expresamente formuló una denuncia al ser entrevistado por un oficial de la Inspección Nacional de la Policía, esto es, el 1 de diciembre de 1992. Esta forma simple de denuncia criminal es un remedio acordado por el derecho francés. El 2 de diciembre de 1992, el Fiscal Público conoció la presentación de dicha denuncia al recibir el acta de la mencionada entrevista. Teniendo en cuenta la naturaleza y extrema seriedad de los hechos alegados, el período en juego no comenzó el 1 de febrero de 1993, fecha en que el peticionante presentó la demanda penal y la solicitud de ser admitido como parte querellante ni, *a fortiori*, ni en la fecha en que se asentaron dicha denuncia y solicitud.

El proceso -que aún está en trámite dado que algunas cuestiones jurídicas pueden apelarse- ya se ha prolongado durante más de 6 años y 7 meses. Sin perjuicio de que el Gobierno haya admitido que, dada la seriedad de los hechos denunciados, la duración total del proceso ha sido excesiva, lo cierto es que nuestras conclusiones en cuanto a la admisibilidad de la petición en términos del art. 3 y en particular la imputabilidad de algunas demoras a las autoridades judiciales, nos conduce a decidir que esta pretensión está bien fundada.

Juzgamos que se ha excedido el "plazo razonable" exigido por el art. 6.1 y que, por lo tanto, ha existido una violación a dicha cláusula de la Convención, dada la duración del proceso.

2.4. Art. 41 de la Convención

a) daños - costos y costas

Teniendo en cuenta la extrema seriedad de las violaciones a la Convención de que fue víctima Selmouni, consideramos que ha sufrido lesiones personales y no pecuniarias que no quedan adecuadamente reparadas por el reconocimiento jurídico de su existencia a través de esta sentencia. Dadas nuestras anteriores conclusiones, consideramos que la cuestión del art. 41 está en condiciones de ser decidida. Haciendo la evaluación con base en la equidad, como requiere dicho artículo, otorgamos una indemnización de 500,000 francos franceses.

Sólo consideramos razonable la pretensión del peticionante de ser resarcido de los costos y costas en que incurrió ante la Comisión y ante esta Corte, esto es 113,364 francos franceses. Este monto se le reconoce íntegramente, con menos las sumas recibidas en concepto de asesoramiento jurídico del Consejo de Europa que no han sido tomadas en cuenta en la petición.

b) Pedido de ser trasladado a Holanda

El peticionante pide ser trasladado a Holanda para cumplir allí el resto de su condena.

El Gobierno holandés respaldó esta solicitud y los dos Estados comprometidos son

Parte de la Convención para el Traslado de Personas Condenadas, del 21 de marzo de 1993.

Sin embargo, el art. 41 no otorga jurisdicción a la Corte para dictar una orden en este sentido contra una Parte Contratante.

c) Pedido de una declaración de que los montos en cuestión deben ser inembargables

El peticionante señala que se le ha ordenado pagar, individual y mancomunadamente con las otras personas condenadas, una multa aduanera de 12 millones de francos franceses, y pide que la sentencia especifique que la indemnización reconocida en términos del art. 41 está exenta de embargo.

La compensación fijada en términos del art. 41 y debida en virtud de una sentencia de esta Corte debe ser inembargable. Sería incoherente otorgar al peticionante un monto en compensación, entre otras cosas, de malos tratos que constituyen una violación al art. 3 de la Convención con más los costos y costas incurridos para lograr dicha sentencia, si el mismo Estado es tanto deudor como acreedor de dicho monto. Si bien los conceptos de las sumas en cuestión son de diferente naturaleza, el objetivo de la compensación de los daños no pecuniarios se vería inevitablemente frustrado y el sistema del art. 41 pervertido si esta situación se considerara satisfactoria. Sin embargo, la Corte no tiene jurisdicción para hacer lugar a esta solicitud. Por lo tanto, el punto queda librado a la discrecionalidad de las autoridades francesas.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 28-7-1999, *Selmouni v. France*.

TRABAJADORES. DERECHO DEL TRABAJO. TRANSFERENCIA DE EMPRESAS.
MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO (COMUNIDAD EUROPEA).

1. El apartado 1 del art. 1 de la Directiva 77/187 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que dicho apartado se aplica cuando una sociedad en liquidación voluntaria transmite total o parcialmente su activo a otra sociedad que luego imparte órdenes al trabajador y acerca de las cuales la sociedad en liquidación sostiene que deben ser cumplidas.

2. El apartado 1 del art. 3 de la Directiva 77/187 no impide que un trabajador empleado por el cedente a la fecha de transmisión de la empresa se oponga a la cesión de su contrato o de su relación de trabajo al cesionario, siempre que el trabajador adopte dicha decisión libremente. Corresponde al órgano jurisdiccional de remisión determinar si el contrato implica una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del

trabajador. En dicho supuesto, el apartado 2 del art. 4 de la Directiva exige a los Estados miembros que establezcan que la resolución es imputable al empresario.

Nota de la Secretaría: art.1.1: "La presente Directiva se aplicará a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión"; art.3.1: "Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión, tal como se define en el apartado 1 del artículo 1, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal transmisión"; art.4.2: "Si el contrato de trabajo o la relación laboral se rescinde como consecuencia de que la transmisión, tal como se define en el apartado 1 del artículo 1, ocasiona una modificación substancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato de trabajo o de la relación laboral se considerará imputable al empresario".

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Segunda), sentencia del 12-11-1998, asunto C-399/96, *Europièces SA, en liquidación, contra Wilfried Sanders y Automotive Industries Holding Company SA, en quiebra*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-11, p. 6965.

TRABAJADORES. GENTE DE MAR. LEGISLACIÓN DEPLORABLE (NACIONES UNIDAS-IRLANDA).

El Comité deplora que la ley de la marina mercante de 1894 esté todavía en vigor, por cuanto en ella se prevé que se castigará a la gente de mar que se ausente sin permiso, a permanecer por la fuerza a bordo del buque.

El Estado Parte prometió derogar o enmendar esta ley después de que la Organización Internacional del Trabajo condenara estas prácticas, pero todavía no lo ha hecho.

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Naciones Unidas), "Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Irlanda", en *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto*, Consejo Económico y Social, E/C.12/1/Add.35, 14-5-1999, punto 18.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. CUESTIONES PREJUDICIALES (COMUNIDAD EUROPEA).

Los órganos jurisdiccionales nacionales sólo pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar una resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional. Por lo tanto, la *Skatterättsnämnden* (Comisión tributaria), que ejerce una función esencialmente administrativa, no puede plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En efecto, dado que no tiene la misión de controlar la legalidad de las decisiones de las autoridades tributarias, sino más bien la de adoptar una postura, por primera vez, en cuanto a la imposición de una operación particular, a la *Skatterättsnämnden* no le incumbe dirimir el litigio.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Sexta), sentencia del 12-11-1998, asunto C-134/97, *Procedimiento de solicitud de resolución preliminar incoado por Victoria Film A/S*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-11, p. 7023.

DOCTRINA

ASILO (MÉXICO).

El derecho de asilo está vinculado al nacimiento del Estado moderno y en aparente contradicción con el concepto de soberanía connatural al Estado, y no deja de padecer de una ambigüedad que oscila entre dos extremos: es un derecho del individuo y una prerrogativa del monarca. A pesar de que los Estados han comenzado a “subjetivizarlo” para convertirlo en un derecho subjetivo individual, susceptible de ser exigido incluso a través de la jurisdicción constitucional, estos no han perdido el control sobre su otorgamiento en tanto que ejercen una facultad que les es inherente.

Algunas de las escuelas contemporáneas de la oscilación del concepto van desde el rechazo estatal a otorgarlo, resistiéndose a reconocerlo como un derecho subjetivo individual, hasta la internacionalización de este derecho en el contexto mundial de las postguerra y en el derecho de las comunidades europeas a través de las convenciones internacionales y de los tratados de carácter regional. Sin embargo, el futuro del asilo resulta incierto en una Europa que ha ido construyendo acuerdos que limitan en cierta forma los derechos y libertades reconocidos en los tratados y convenciones sobre la materia.

MODERNE, Franck, “Propos sur le ‘Droit d’asile””, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1999, julio-diciembre, n° 1, p. 177.

DERECHO A LA SALUD. CODIFICACIÓN. IMPLEMENTACIÓN. JUSTICIABILIDAD (PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES).

1. Su codificación

En el contexto de los derechos humanos, generalmente se distingue entre derechos económicos, sociales y culturales, y derechos civiles y políticos. Si bien muchas veces se afirma que estas dos categorías de derechos son interdependientes, igualmente importantes e interrelacionadas, en la práctica, los Estados y organizaciones no gubernamentales occidentales, en particular, han tendido a brindar a la primera de dichas categorías menor importancia que a la segunda. Por ejemplo, los derechos civiles y políticos son frecuentemente invocados en procesos judiciales internos y son justiciables a nivel internacional a través de mecanismos establecidos a ese efecto, mientras que los económicos, sociales y culturales son muchas veces considerados directivas generales para los Estados -no derechos-, y por lo tanto no justiciables.

La falta de claridad conceptual es uno de los obstáculos a la implementación de esta última categoría de derechos, dentro de la cual encuentra el derecho a la salud, el cual se caracteriza por su particular vaguedad, resultante de la falta de identificación de las obligaciones que impone a los Estados.

El derecho a la salud está enunciado en muchos instrumentos específicos de derechos humanos. El punto de partida de la mayor parte de esas normas es el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, según el cual toda persona tiene derecho a acceder al “estándar más alto posible de salud”. La existencia de un derecho universal a la salud está reconocida en varias disposiciones convencionales genéricas, la más conocida de las cuales es el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto). Por otra parte, numerosas constituciones nacionales lo reconocen y establecen las obligaciones que impone al Estado.

2. Su implementación

Si bien se encuentra reconocido, no existe una práctica consistente de implementación del derecho a la salud ante organismos judiciales y cuasi-judiciales.

2.1. Organismos de Control

El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité) analiza dentro de este tema diversas cuestiones vinculadas a la salud:

2.1.1. Cuestiones generales

Son las relativas a la exigencia genérica de que los Estados Partes deben asumir ciertos compromisos en materia de salud pública: 1) asignar a esta área un porcentaje suficiente del Producto Bruto Nacional; 2) adoptar una política nacional de salud que incluya la adopción de la Estrategia Primaria para el Cuidado de Salud de la Organización Mundial de la Salud; 3) asegurar que no existan disparidades entre el estándar de los servicios públicos y privados de salud, pese a que este derecho puede garantizarse mediante cualquier combinación de estos tipos de prestadores. Los planes para privatizar y descentralizar los servicios de salud de ningún modo liberan a los Estados Partes de su obligación de proveer todos los medios disponibles para favorecer un adecuado acceso a los servicios de salud, particularmente para los sectores más pobres de la población.

2.1.2. Provisión de servicios de salud

El Comité analiza también cuestiones relacionadas con la disponibilidad, posibilidad de acceso y calidad de dichos servicios. En relación a la disponibilidad, evalúa la proporción entre el número de camas de hospital, y de enfermeras y médicos, y el de habitantes, y destaca que los Estados Partes deben alentar a los profesionales de la salud a permanecer y a ejercer su profesión en su país.

En cuanto a la posibilidad de acceso a estos servicios, el Comité se concentra en los grupos más vulnerables, que generalmente son los minoritarios y de menores recursos, mujeres, niños, ancianos, discapacitados y enfermos de SIDA; también, los habitantes de

zonas rurales remotas, y aconseja establecer subcentros de salud rurales y alentar a los médicos y enfermeras a ejercer su profesión en dichas zonas.

Estos servicios deben ser también económicamente accesibles para las personas de pocos recursos en general, y para los ancianos y mujeres pobres en particular. Por lo tanto, los Estados Partes deben asegurar que la privatización de los mismos no tenga efectos perjudiciales a este respecto.

Finalmente, los Estados Partes deben garantizar la calidad de los servicios de salud disponibles, lo que requiere médicos y enfermeras bien entrenados, y equipos y fármacos adecuados.

2.1.3. Precondiciones de la salud

Estas cuestiones se superponen a las vinculadas con otros derechos, particularmente a los derechos a la alimentación, vivienda y vestimenta, previstos en el art. 11 del Pacto, de los cuales el primero es el más explícitamente relacionado con la salud. Otras precondiciones de la salud que no están alcanzadas por otros derechos pero que se discuten en el marco del art. 12 del Pacto, son el acceso al agua potable y a los servicios cloacales, a la higiene ambiental y laboral, y a la educación para la salud.

El Comité también se interesa en las políticas ambientales en cuanto afecten o puedan afectar la salud de las personas. Por ejemplo, los Estados Partes deben tomar medidas que protejan de la radiación radioactiva. La salud laboral requiere la implementación y control de las medidas de salud y seguridad en los lugares de trabajo. Finalmente, la educación para la salud exige brindar educación sobre los problemas de salud más importantes, así como sobre la forma de prevenirlos y controlarlos.

2.1.4. Grupos vulnerables y temas específicos sobre salud

Los Estados Partes deben asegurar a las zonas rurales y urbanas un acceso similar a los servicios de salud; respetar la identidad cultural (por ejemplo, a la utilización de su medicina tradicional); mejorar el estado de salud de las poblaciones indígenas y las pobres condiciones sanitarias y de higiene de las cárceles; luchar contra la mortalidad maternal; brindar asistencia médica a las mujeres de bajos ingresos, y combatir “prácticas tradicionales” como la circuncisión femenina. Además, les corresponde intentar reducir la mortalidad infantil y asegurar que el aumento de los costos que genera el cuidado de la salud no perjudique a los ancianos.

Otras cuestiones importantes se refieren a las políticas y prácticas relativas al aborto. Si bien el Comité encuentra que las circunstancias en que se realizan los abortos son más importantes, en términos del art. 12 del Pacto, que su estatus jurídico, este último es objeto de discusión porque la prohibición de esta práctica puede dar lugar a abortos ilegales o realizados en forma riesgosa.

Otra área de interés del Comité es el SIDA, por lo que urge a los Estados Partes a tomar medidas para reducir su difusión, realizar campañas de información, adoptar leyes para impedir la discriminación de personas seropositivas y evitar la adopción de medidas que

discriminen a los enfermos de SIDA. Con ello responde a las políticas coercitivas de algunos Estados que restringen el ingreso de personas para minimizar el riesgo de difusión de dicha enfermedad, imponen el sometimiento obligatorio a tests, y controlan la prostitución.

En materia de abuso de drogas, los Estados Partes deben estar atentos a las violaciones de los derechos humanos, y a los medios aplicados para castigar los abusos. El Comité observa que la drogadicción no puede resolverse exclusivamente mediante el recurso a medidas represivas sin reconocer la existencia de otros problemas serios, tales como la pobreza extrema o la desigualdad. Por ejemplo, los adictos a las drogas no deben necesariamente ser considerados delincuentes sino más bien víctimas o pacientes.

Finalmente, los Estados Partes deben tomar medidas para combatir el alcoholismo y para desalentar el acceso de los menores al alcohol y al tabaco.

En términos más generales, los miembros del Comité desaprueban la adopción de políticas coercitivas vinculadas a la salud de la población. El Comité generalmente rechaza la posibilidad de obligar a las personas a someterse a un determinado tratamiento -e.g. tratamiento psiquiátrico o por abuso de drogas, pruebas de SIDA-, o a las poblaciones indígenas a abandonar a sus curanderos tradicionales, y destaca los posibles efectos adversos de estas políticas. Los miembros del Comité han manifestado que estas prácticas dan lugar a violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, y a violaciones de los derechos civiles y políticos.

3. Su justiciabilidad

Los organismos de las Naciones Unidas y los tribunales regionales y nacionales han revisado muy pocos casos fundados en el derecho a la salud.

A nivel de las Naciones Unidas, no existen procedimientos específicos de denuncia que hagan justiciables el derecho a la salud y otros derechos económicos, sociales y culturales, pero se ha intentado hacerlos valer a través de otros procesos internacionales. Por ejemplo, dentro del contexto del Procedimiento 1235 de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se han denunciado temas de salud ambiental, pero sin lograr obtener ninguna decisión. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud pidió una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia respecto del derecho a la salud y a la legalidad del uso de armas nucleares; pero dicha petición no fue admitida -v. **investigaciones 3** (1997), p. 371, especialmente la Nota de la Secretaría-. Finalmente, el Banco Mundial recientemente creó un Panel Especial de Inspección ante el cual se pueden plantear, entre otros problemas, los fundados en este derecho. Si bien existe una ligera tendencia de los organismos de las Naciones Unidas a prestar atención a los temas de salud, lo cierto es que la situación actual no resulta muy promisoría.

A nivel regional, el panorama es de algún modo más alentador. Por ejemplo, las violaciones al derecho a la salud, reconocido en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, pueden ser denunciadas y resueltas por la Comisión Africana, pero lo cierto

es que esta opción no ha sido ejercida con frecuencia. Por otro lado, la OEA adoptó un sistema restringido de denuncia (que aún no está vigente) pero, dado el limitado alcance del Protocolo de San Salvador, el derecho a la salud no sería susceptible de revisión judicial. Empero, se pueden formular denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la interpuesta para proteger a los indios Yanomani de la explotación del bosque tropical y de los efectos perjudiciales que esto podría generarles. Finalmente, la Carta Social del Consejo de Europa prevé un proceso de denuncia que hace al derecho a la salud allí reconocido susceptible de revisión judicial, aunque sólo a iniciativa de ciertas organizaciones (v. sección *NOTICIAS*, p. 756).

En el plano nacional, los tribunales de algunos países han dado efecto al derecho constitucional o al derecho internacional a la salud. Si bien algunos de estos casos se refieren al acceso a ciertos servicios de salud, otros se fundan en el derecho a la salud ambiental. Entre los primeros, merece mención una acción promovida por un enfermo terminal de SIDA ante la Suprema Corte de Colombia (Sentencia n° T-505, del 28 de agosto de 1992), la cual resolvió, con base en el art. 13 de la Constitución colombiana, que el Estado estaba obligado a brindar una especial protección en los casos en que la falta de recursos económicos “impide que una persona disminuya el sufrimiento, discriminación, y riesgo social que le genera estar infectada por una enfermedad terminal e incurable”. En consecuencia, la Corte exigió que el hospital brindara al paciente el tratamiento adecuado -ver también, sobre el mismo tema, **investigaciones 2** (1998), p. 265-.

En relación a la salud ambiental, en el muy conocido caso de 1993 *Minors Oposa v. Factoran* (G.R. N° 101083), la Suprema Corte de Filipinas decidió, fundándose en el art. II de la Declaración de Principios y de Políticas de Estado de la Constitución filipina de 1987, que reconoce el derecho a la salud y a la ecología, que, a fin de proteger la salud de las generaciones actuales y futuras, el Estado debía dejar de emitir permisos de explotación forestal.

Finalmente, la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales puede inferirse de la de los derechos civiles y políticos que, en algunas ocasiones, han garantizado el acceso a ciertas instalaciones de salud o la protección frente a amenazas a la salud ambiental en forma similar a como lo hace el derecho a la salud. Un caso indirectamente vinculado al derecho a acceder a los servicios de salud se planteó ante la Comisión de Derechos Humanos, que ha adoptado la práctica de considerar al art. 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (principio de no discriminación) como una norma autónoma que puede incluir la prohibición de acciones discriminatorias en relación a los derechos sociales. En *Hendrika S. Vos v. the Netherlands* (Comunicación. N° 218/1986, adoptada el 29 de marzo de 1989), la citada Comisión consideró si la negativa a otorgar una pensión por invalidez violaba el mencionado art. 26 y, si bien rechazó esta pretensión, la circunstancia de que evaluara la validez de dicho beneficio en ese marco jurídico demuestra su deseo de considerar incluidos los derechos sociales en la cláusula de no discriminación.

También merece mención el fallo de la Suprema Corte de India, que, fundándose en el derecho a la vida reconocido en la Constitución de dicho país, decidió que el apelante tenía derecho a recibir tratamiento médico de emergencia, afirmando que: “la provisión de tratamientos médicos adecuados a las personas es parte esencial de las obligaciones que el Gobierno asume en un estado de bienestar... El art. 21 impone al Estado la obligación de preservar el derecho a la vida de toda persona. La preservación de la vida humana tiene, por lo tanto, una importancia prioritaria... La omisión de un hospital gubernamental de brindar tratamiento médico oportuno a una persona que lo requiere constituye una violación de su derecho a la vida garantizado por el art. 21” (*Samity v. State of West Bengal*, A.I.R. 1996 S.C. 2426, 2429).

En materia de la salud ambiental, en el caso *López Ostra c. España* (Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 9-12-1994, Serie A, n° 303-C, p. 41, párr. 15), se denunció el daño causado por una planta de tratamiento de efluentes, y los perjuicios que ésta produjo a la salud de la hija del peticionante. Allí, la Corte opinó que “la polución ambiental sería puede afectar el bienestar de las personas e impedirles disfrutar de sus hogares, afectando negativamente su vida privada y familiar...”, y llegó a la conclusión de que la municipalidad en cuestión no había tomado las medidas adecuadas para garantizar al peticionante el derecho al respeto a su hogar y vida privada, garantizados por el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y que, en consecuencia, se había violado dicha norma.

4. Hacia una claridad conceptual de este derecho

Por lo expuesto, es importante reconocer la amplitud que tiene este derecho y no definirlo solamente como un derecho de acceso a la asistencia sanitaria, sino también a las ya mencionadas “precondiciones de la salud”. Es, además, necesario demarcar sus límites a fin de no incluir en él todo aspecto que pueda referirse a la salud. Por ejemplo, con unas pocas excepciones, el derecho a la salud no incluye: la prohibición contra la tortura o tratos inhumanos o degradantes, la protección contra la experimentación médica o científica, el derecho a acceder a la educación regular en un colegio o a una vivienda apropiada. Brinda protección frente a la polución ambiental sólo en la medida en que ésta genere claros riesgos para la salud, y se vincula con el derecho a trabajar sólo en cuanto se refiere a la protección de la higiene industrial y a la prevención, tratamiento y control de las enfermedades laborales. Por otro lado, es importante reconocer que, en ciertos aspectos, el derecho a la salud se superpone con los derechos civiles y políticos, y con otros derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo: la prevención de la mortalidad infantil (derecho a la vida), las condiciones adecuadas que deben tener las cárceles y las medidas para combatir las “prácticas tradicionales” (prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes), y el acceso a alimentos saludables (derecho a la alimentación).

El contenido esencial del derecho a la salud es el acceso a ciertos servicios sanitarios

básicos que los Estados deben garantizar inmediatamente, con independencia de los recursos de los que dispongan, y se diferencia de otros contenidos que deben garantizar “en forma progresiva”. Este derecho general de acceso, conforme la Estrategia Primaria del Cuidado de la Salud de la Organización Mundial de la Salud, incluye los relativos a: el cuidado de la salud materna e infantil (comprendido de la planificación familiar), la vacunación contra las principales enfermedades infecciosas, el tratamiento apropiado para las enfermedades y heridas comunes, los fármacos esenciales, agua potable y servicios sanitarios básicos, y también a verse libre de serias amenazas ambientales a la salud.

Finalmente, los Estados deben asegurar la disponibilidad, igualdad, posibilidad de acceso (económica, geográfica y cultural) y calidad de los servicios más arriba mencionados.

Analizando el derecho a la salud en términos de la trilogía de las obligaciones de los Estados -que parte de la presunción de que de cada derecho humano derivan las obligaciones de respetar, proteger y cumplir-, se observa que este derecho no sólo genera las obligaciones positivas de proteger y cumplir sino obligaciones negativas de respetar. Entre estas últimas se encuentra, por ejemplo, la de respetar un acceso igualitario a los servicios de salud y de abstenerse de actividades que perjudiquen la salud, particularmente en el área ambiental. La circunstancia de que un derecho económico y social incluya obligaciones negativas subraya la interdependencia e interrelación entre este tipo de derechos y los civiles y políticos, ya que ambas categorías exigen la inhibición del Estado.

5. Conclusión

Va a pasar mucho tiempo antes de que los derechos económicos, sociales y culturales tengan el mismo estatus e impacto que los derechos civiles y políticos, ya que los Estados van a seguir temiendo al compromiso económico que supone garantizarlos. Sin embargo, el esclarecimiento conceptual de cada uno de los derechos que caen dentro de esta categoría contribuye a su reconocimiento e implementación, y revela que pueden exigir la inhibición de los Estados, compromiso que no requiere recursos económicos de éstos. Simultáneamente, la circunstancia de que los derechos civiles y políticos puedan incluir obligaciones positivas subraya la interdependencia de ambas categorías de derechos. Si las obligaciones positivas se infieren de los derechos civiles y políticos: ¿por qué no reconocer obligaciones similares en relación a los derechos económicos, sociales y culturales?

Por otra parte, se ha tornado evidente que el derecho a la salud es muy amplio y de difícil identificación precisa. Por esta razón, resulta vital adoptar un Comentario General sobre el Derecho a la Salud reconocido en el art. 12 del Pacto, elaborar índices confiables para medir el progreso que hacen los Estados en el área de la salud y la colaboración entre Estados, agencias especializadas de las Naciones Unidas, y organizaciones no gubernamentales. Para lograr una mayor justiciabilidad del derecho a la salud, hay que tener presente que la justiciabilidad es un concepto variable, que puede modificarse en el futuro y que la invocación frecuente del derecho a la salud puede influir positivamente para afianzar

su justiciabilidad.

TOEBES, Brigit, "Towards an Improved Understanding of the International Human Right to Health", en *Human Rights Quarterly*, ed. The Johns Hopkins University Press, Maryland, 1999, vol. 21, n° 3, p. 661.

DERECHO COMUNITARIO. COMERCIO INTERNACIONAL. DERECHO A LA IGUALDAD. GATT (COMUNIDAD EUROPEA).

El régimen que existe en la Comunidad Europea para la importación de plátanos ha sido cuestionado ante los órganos del GATT -ahora, de la Organización Mundial del Comercio (WTO)- y ante los tribunales locales de los Estados miembros (particularmente en Alemania) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal), con base en que viola las reglas sustantivas y procesales del derecho comunitario y las reglas del GATT y del WTO. En las sentencias más recientes que el Tribunal dictó en esta materia, evitó tratar las cuestiones fundadas en el GATT y demostró su deseo de extender modestamente los principios generales del derecho comunitario al comercio internacional.

En el caso *República Federal de Alemania contra Consejo de la Unión Europea*, adecuadamente hizo prevalecer, a los fines del cálculo del plazo para presentar un pedido de nulidad, la fecha (actual) de la publicación de una medida, especialmente con base en la brevedad de dicho plazo y en la tradicional práctica de los regímenes jurídicos desarrollados de difundir las novedades legales a través de los periódicos jurídicos. La pretensión del Consejo de la Comunidad (Consejo) de que el Tribunal no puede anular decisiones que concluyen tratados suscritos por la Comunidad contradice claramente la jurisprudencia anterior. Es difícil ver por qué el Consejo esgrimió un argumento tan carente de mérito que quizás debería haber sido rechazado más rudamente.

El tercer argumento esgrimido por el Consejo para fundar la inadmisibilidad -a saber, la imposibilidad de cuestionar una decisión que concluye parcialmente un tratado- plantea curiosas cuestiones que no habían sido tratadas en la jurisprudencia anterior. La posición del Consejo es comprensible, porque evidentemente los tratados representan un compromiso, muchas veces penosamente negociado, entre los intereses de las diferentes partes. Si se hace lugar a un pedido de anulación de una parte de un tratado, uno o más de los signatarios podrían tener que seguir cumpliendo las obligaciones que han asumido en dicho tratado mientras obtienen beneficios menores o nulos a los negociados de buena fe. Tal como lo señaló el Abogado General, la prohibición de anular parcialmente dichos acuerdos frecuentemente dejaría a un demandante sin protección judicial. En verdad, este caso demuestra bien este punto, ya que hubiera sido absurdo que Alemania tuviera que atacar la

totalidad de la decisión del Consejo que aprueba la Ronda de Uruguay para lograr la anulación de una pequeña parte de ella. La posible incomodidad que genera un acuerdo parcialmente anulado es simplemente otra versión de la que plantea uno enteramente anulado, porque en ambos casos la Comunidad sigue estando vinculada, a nivel internacional, por la totalidad del acuerdo. Sin embargo, dados los fundamentos que brindó al coincidir con la conclusión del Abogado General, el Tribunal parece no haber percibido el verdadero sentido de las objeciones del Consejo a la anulación parcial de una decisión que concluye un tratado, a saber, que toda la Ronda estaba políticamente interconectada, no jurídicamente interconectada. No puede razonablemente esperarse que el Consejo cite prueba sobre la hipotética reacción de terceros frente a la anulación parcial de una obligación comunitaria. Resulta, en cambio, más convincente el argumento del Abogado General relativo a la “protección judicial”, favorable a la admisibilidad de tales acciones.

Es también defendible el tratamiento que el Tribunal brindó al art. 234 del Tratado de la Comunidad y al GATT/WTO, en *T. Port GmbH & Co contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas* -v. **investigaciones 2** (1999), p. 273-. El mencionado artículo tiene un alcance claramente limitado y, dada la supremacía del derecho comunitario, no resulta apropiado extender de ningún modo su ámbito de aplicación para alcanzar a la relaciones con los Estados que no eran parte de un tratado pre-existente a la entrada en vigencia del Tratado de la Comunidad. En forma similar, no debería resolverse que la Comunidad tenía obligaciones fundadas en el GATT o WTO para con terceros países antes de que éstos se adhirieron al GATT o WTO, dado que dichos terceros Estados no tenían ninguna obligación fundada en el GATT o WTO para con la Comunidad antes de acceder al tratado multilateral. Sin embargo, es más problemático el criterio que el Tribunal adoptó en los casos posteriores en relación al WTO .

En *Hermes International contra FHT Marketing Choice BV* (sentencia del 16-6-98, Asunto C-53/96, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, parte I, Luxemburgo, 1998-6, p. 3637), eludió la cuestión del efecto jurídico del WTO, basando su jurisdicción en el improbable y excesivamente amplio criterio de que todas las medidas nacionales que caen dentro del ámbito de aplicación del derecho comunitario deben interpretarse a la luz de las obligaciones comunitarias internacionales, aun cuando dichas medidas nacionales no implementen ni afecten al derecho comunitario. Resulta excepcionalmente problemática la decisión adoptada en *República Italiana contra Consejo de la Unión Europea* (sentencia del 12-11-98, Asunto C-352/96, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, parte I, Luxemburgo, 1998-11, p. 6949), donde aparentemente el Tribunal quiso reafirmar su jurisprudencia previa a la Ronda de Uruguay en relación al efecto jurídico del GATT: es simplemente inapropiado que este punto fuera resuelto por una Sala y no por el Tribunal en pleno porque en dicho caso no hubo alegatos plenos y porque otros Estados miembros, la Comisión y peticionantes privados no tuvieron oportunidad de expresar sus

puntos de vista. El Tribunal en pleno no debería tratar a este caso como un precedente al decidir sobre las precisas cuestiones relativas al efecto directo del WTO que se plantearon en los casos *Christian Dior y Layher* (en trámite al tiempo de la presentación de este trabajo) y, si confirma su jurisprudencia, debería brindar los fundamentos de su decisión.

El Tribunal, si se le planteara la cuestión, debería adoptar el criterio expuesto por el Abogado General en *T. Port GmbH*, en el sentido de que el art. 234 no alcanza a las obligaciones que los Estados miembros tienen en términos del GATT 94, dado que el art. XIV del acuerdo WTO deja en claro que el GATT 94 es una obligación jurídica separada del GATT 1947.

La conclusión central a que arribó el Tribunal en *T. Port GmbH & Co contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas* y en *República Federal de Alemania contra Consejo de la Unión Europea* es importante porque muestra su claro deseo de seguir extendiendo los “principios generales” constitucionales del derecho comunitario a la política de comercio exterior de la Comunidad. Existen algunos índices de este criterio en otros casos recientes, particularmente en la aceptación en *T Port I* (Asunto C-68/95 E.C.R. I-6065 -1996-) de que los importadores tienen derechos fundamentales a la propiedad y a ejercer una profesión, que pueden verse afectados por las restricciones impuestas por las instituciones comunitarias o por las omisiones de actuar de la Comunidad, y en el ocasional deseo de declarar que una medida protectora viola el principio de proporcionalidad. Esto representa una tendencia muy gradual a incluir el derecho al comercio exterior en la constitución comunitaria, con la misma minuciosidad con que están previstos los derechos internos al comercio comunitario, movimiento defendido por varios académicos. La aceptación de que el derecho a la igualdad también existe en las normas comunitarias que rigen el comercio exterior muestra una tendencia a la aceptación de los principios centrales del GATT y ahora también del GATS, relativos a la Nación Más Favorecida y al Tratamiento Nacional, que exigen, respectivamente, el igual tratamiento de todos los signatarios del GATT y GATS entre sí, y el igual tratamiento de los bienes y servicios extranjeros y nacionales. Sin embargo, esto no significa que los principios del WTO hayan sido completamente aceptados como principios generales del derecho comunitario: las sentencias dictadas en *T. Port GmbH & Co contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas* y en *República Federal de Alemania contra Consejo de la Unión Europea* expresamente confirman que no existe tal principio en el derecho comunitario. Dichas decisiones simplemente destacan el deseo del Tribunal de analizar las medidas adoptadas por el Consejo para ver si la discriminación impuesta a los importadores es realmente necesaria para mantener la discriminación autorizada de terceros países.

Lo que sorprende es la rigurosidad de ese escrutinio. El Abogado General reiteró el principio establecido de que la legislatura de la Comunidad tiene amplias facultades discrecionales para adoptar medidas agrícolas, y que sus decisiones sólo pueden revisarse si son “manifiestamente inapropiadas” en términos del objetivo perseguido. “A primera vista” la discriminación en el régimen de certificados de importación era necesaria para restaurar

un equilibrio entre las categorías, y el punto crucial del razonamiento del Abogado General fue la distribución de la carga de la prueba. Implícita y lógicamente presumió que pesaba sobre el peticionante la carga de demostrar que el Consejo había traspasado el límite fijado a su discrecionalidad: la determinación de qué era necesario para mantener el equilibrio entre las categorías “esencialmente depende de una concreta evaluación económica” y *República Federal de Alemania* “no estableció, ni siquiera propuso, un argumento plausible -por ejemplo mediante la presentación de estudios económicos del mercado-” de que el equilibrio entre categorías no tuviera que ser corregido.

El Tribunal no mencionó, y claramente no aplicó, la doctrina tradicional de que la legislación agrícola comunitaria sólo está sujeta a un estándar moderado de revisión judicial, sino que aumentó el rigor de la revisión e invirtió la carga de la prueba: aceptó que el aumento de las cuotas y la reducción de las tarifas podría alterar el equilibrio entre las diferentes categorías de importadores, pero señaló que los importadores ACP también se benefician de estos cambios, dado que tienen garantizada una porción del mercado de los plátanos de terceros países. Así, “el Consejo debería haber demostrado” que el equilibrio alterado sólo puede restaurarse otorgando una ventaja sustancial a los importadores de plátanos ACP. Pero “la afirmación del Consejo de que el equilibrio se había alterado, y la mera aserción” de que la discriminación era necesaria para restaurar el balance, “no determina que eso sea así”. Además, si bien se exigieron certificados de exportación para brindar fondos a los estados FAB, el Consejo “no ha... brindado al Tribunal suficiente información que explique por qué” el aumento de las cuotas, la rebaja de los aranceles, y la subdivisión de las cuotas para ayudar a los Estados FAB no resultaba suficiente para ayudarlos, y por qué era entonces necesario imponer cargas financieras a algunos importadores.

Este apartamiento de la jurisprudencia establecida no dio lugar a la simple supresión de normas internas políticamente delicadas sino a la anulación parcial de una decisión que concluía un tratado internacional. *República Federal de Alemania contra Consejo de la Unión Europea* es el primer caso en que el Tribunal anuló sólo una parte de un tratado concluido por la Comunidad y una decisión que concluía un tratado por violación del derecho comunitario sustantivo. El Tribunal claramente indicó que el Consejo también tenía que cumplir con la carga de probar por qué el tratado en cuestión realmente tenía que usar un determinado método en beneficio de terceros estados. Esta es una notable incursión en la discrecionalidad política que usualmente se acuerda a la Comunidad al suscribir tratados con terceros Estados; podría razonablemente alegarse que el mérito de determinados métodos para beneficiar a terceros países es una cuestión que debe ser acordada entre la Comunidad y aquellos Estados.

¿Por qué adoptar un criterio notablemente diferente para el derecho comunitario agrícola y para el poder celebrar tratados en estos casos? Por supuesto, el Tribunal no reveló sus motivos, pero se alega que son dos. Por un lado, el régimen comunitario relativo a los

plátanos había sido, en ese entonces, impugnado ante el Tribunal Constitucional Federal alemán que alega tener facultades para declarar la inaplicabilidad de las medidas comunitarias en Alemania. El Tribunal de las Comunidades Europeas naturalmente respeta el criterio de las supremas cortes nacionales de que la legislación comunitaria tiene grandes defectos, aun cuando no esté de acuerdo. Una consideración más amplia, vinculada a la anterior, es el deseo de este Tribunal de ofrecer compromisos a las supremas cortes nacionales, que supuestamente resulta claro en su respaldo a la dudosa doctrina del *acte claire* inventada por los tribunales locales, y en su negativa a otorgar efectos directos horizontales a las Directivas. Aquí, como en *T Port I*, la necesidad de evitar un conflicto constitucional con el Tribunal Constitucional Federal alemán exigió demostrar un deseo flexible de otorgar derechos a los importadores, alcanzando en este caso a la anulación de medidas y decisiones comunitarias que aprueban tratados.

El segundo motivo -igualmente no enunciado- es que gran parte del régimen comunitario de los plátanos, incluyendo al FAB, había sido condenado por el panel del WTO en la primavera de 1997, habiendo sido estas conclusiones sostenidas por el nuevo organismo de apelación del WTO en el otoño. Obviamente, el Tribunal sabía esto pero se liberó de la necesidad de considerarlo al resolver que las reglas del GATT y del WTO eran irrelevantes en *T. Port GmbH & Co contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas*. Pero dado que el FAB claramente violaba el GATT y debía ser reemplazado conforme a las propuestas que por ese entonces discutía el Consejo, la decisión de que algunas porciones del Acuerdo violaban el derecho comunitario hubiera creado relativamente pocas dificultades. Sin embargo, debe destacarse que el Tribunal no anuló todos los aspectos del FAB que se habían considerado violatorios de las reglas del GATT. Finalmente, también debe anotarse que la discriminación anulada por el Tribunal no fue remediada mediante la adopción del poco satisfactorio criterio de tratar a todos los importadores igualmente mal; antes bien, la Comisión aceptó que ninguna categoría de importadores tenía que pagar licencias de exportación para asegurar el ingreso de sus bananas en la Comunidad a resultas de la sentencia.

T. Port GmbH & Co contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas y República Federal de Alemania contra Consejo de la Unión Europea, al igual que otros casos recientes, tienden gradualmente a la aceptación de que los principios generales del derecho comunitario brindan ciertos derechos limitados a dedicarse al comercio internacional. Sin embargo, esto no basta para hacer totalmente efectivas las obligaciones comerciales multilaterales de la Comunidad, que aún siguen estando poco protegidas en el régimen jurídico comunitario. Si bien los acuerdos multilaterales tienen efecto vinculante para la Comunidad y forman parte del derecho comunitario, aún no se sabe si tienen efecto directo a resultas de la Ronda Uruguay. El Tribunal realmente ha sostenido que el derecho internacional prevalece sobre el derecho comunitario secundario y que, en la medida de lo posible, este último debe ser interpretado en forma consistente con el primero. Pero resulta crucial que no haya aceptado que el derecho internacional forma parte de los principios generales del derecho comunitario. Hasta

que no de este paso, que no brindaría efecto directo a las reglas del WTO, la Comunidad puede aparentar haber aceptado las obligaciones del WTO, pero el régimen jurídico comunitario seguirá siendo inherente, estructural y sistemáticamente hostil al WTO porque el principio del derecho comunitario de que los terceros países no tienen que ser tratados de la misma manera contradice directamente los principios centrales del régimen jurídico del WTO.

PEERS, Steve, “Constitutional Principles and International Trade”, en *European Law Review*, ed. Sweet & Maxwell, Londres, vol. 24, n° 2, abril de 1999, p. 185.

DERECHO COMUNITARIO. TRATADOS. SOBERANÍA (HUNGRÍA).

1. Introducción

Para responder a los turbulentos cambios que comenzaron a producirse en Europa Oriental a fines de los ochenta, la Comunidad Europea flexibilizó su política hacia los Estados de esa región, a los cuales dividió en dos categorías. Con la mayor parte de los ex integrantes de la Unión Soviética, suscribió acuerdos de *partnership* y cooperación, mientras que con los conocidos como Países de Europa Central y Oriental (PECO) firmó los Acuerdos Europeos con la Comunidad y con sus Estados Miembros (AE), que permitirán que éstos, a largo plazo, sean miembros de la Comunidad.

Hungría es un PECO y, a partir de la caída del régimen soviético, ha buscado la “integración euro-atlántica”, con la intención de adherirse a la Comunidad Europea. El AE con Hungría, que entró en vigencia el 1 de febrero de 1994, persigue varios objetivos políticos, económicos y sociales. Desde el punto de vista económico, no es solamente un acuerdo de libre comercio sino que también aspira a crear un “mercado más amplio” (*wider market*), que incluya al comunitario y al húngaro, basado en el modelo de mercado único de la Comunidad. A esos fines, y en forma similar al Tratado de la Comunidad, combate las barreras públicas y privadas al libre comercio: en relación a las primeras, reconoce en forma limitada las cuatro libertades básicas; para hacer frente a las segundas establece un régimen especial de cooperación/competencia. Este último es un aspecto importante del AE y resulta decisivo para las relaciones entre las partes, en particular con vistas a la preparación de Hungría para su futuro acceso a la Comunidad, dado que es el área del derecho en la cual, a través del AE, el incipiente régimen jurídico democrático húngaro tiene su primer encuentro histórico con el derecho comunitario. Conforme al art. 62 del AE y a sus Reglas de Implementación (RI), si las autoridades de las Partes encargadas de supervisar la libre competencia -Oficina de Competencia Económica Húngara (OCEH) y la Comisión Europea- detectan prácticas anticompetitivas que puedan afectar el comercio entre las Partes, deben

cooperar entre sí para implementar el régimen de competencia con base en los principios de aplicación formulados en los arts. 85 y 86 del Tratado de la Comunidad.

En 1996, el Profesor Berke de la Universidad de ELTE, Budapest, impugnó ante la Corte Constitucional de Hungría (Corte) la constitucionalidad de varias disposiciones del régimen de competencia/cooperación establecido por el art. 62 del AE y por sus RI, alegando que Hungría había transferido inconstitucionalmente parte de sus facultades legislativas a la Comunidad al aceptar la aplicación directa de las leyes de un soberano extranjero, en cuya formación futura no puede influir por no ser un Estado Miembro.

Esta presentación planteó diversas e importantes cuestiones preliminares (e.g., si, dada la tradicional naturaleza dualista del derecho húngaro, la Corte puede controlar la constitucionalidad de una ley húngara que promulga un tratado, y la validez de un tratado internacional, como el AE, ya promulgado) que la Corte decidió en su sentencia n° 4, del 22 de enero de 1997. Posteriormente, el 24 de junio de 1998, en su sentencia n° 30, resolvió el fondo de la cuestión. Dada la excepcional importancia de las cuestiones sustanciales comprometidas, la Corte pidió al Ministro de Justicia y al Ministro de Relaciones Exteriores que expresaran sus opiniones sobre la presentación de Berke.

2. Sentencia:

2.1. Las autoridades húngaras no pueden aplicar directamente el criterio de implementación mencionado en el art. 62(2) del AE dado que esta norma es inconstitucional.

La cuestión constitucional a resolver es si la OCEH puede aplicar directamente las normas del derecho doméstico de otro sujeto de derecho internacional, y de un orden jurídico autónomo sin que previamente dichas normas hayan pasado a formar parte del derecho húngaro.

A esos fines, resulta necesario evaluar el efecto directo del art. 62 AE y la aplicabilidad directa en el derecho húngaro de los criterios del derecho comunitario dispuesta por el art 62(2). La aplicabilidad directa distingue el rol que juega el derecho comunitario en los Estados miembros de la forma en que los tratados internacionales pueden pasar a formar parte del derecho doméstico en general.

2.2. A los fines de la aplicación del art. 62 AE, la posición procesal en que se encuentran las empresas está definida por la circunstancia de que, conforme a las RI, ellas están sujetas a la jurisdicción y procedimiento de las autoridades de las Partes encargadas de supervisar la competencia. La interpretación conjunta del primer y segundo párrafo del art. 1 RI exige a la OCEH la aplicación de los criterios establecidos en el art. 62 AE.

Las obligaciones establecidas por el art. 62 AE son de naturaleza pública y, por lo tanto, esta norma no tiene efectos jurídicos directos en los sujetos de derecho privado. En consecuencia, sólo puede aplicarse indirectamente a las empresas, con base en las normas impugnadas de las RI y, por ello, el art. 62 carece de eficacia directa.

Empero, es necesario distinguir entre la eficacia del art. 62 AE y la de los criterios

del derecho comunitario a que remite el art. 62(2) AE. De la falta de efecto directo del art 62 AE no se sigue que la OCEH no deba tomar en cuenta, en otros contextos, el criterio jurídico mencionado en esta última norma.

Por un lado, el art. 62(2) AE sigue siendo relevante a los fines de la existencia de una eventual violación del AE: ese párrafo determina el criterio de contenido, cuya violación implica la transgresión de las reglas de competencia establecidas por el art. 62(1) AE.

Además, el art. 1 RI obliga a la OCEH de resolver los casos que se le presentan fundándose tanto en el derecho sustantivo húngaro como en los criterios mencionados por los arts. 62(1) y (2) AE. Por lo tanto, si bien el art. 62 AE no resulta directamente aplicable, lo cierto es que indirectamente define el contenido de las decisiones que adopta dicha agencia relativas a las empresas, ya que si la OCEH no toma en cuenta los criterios del derecho comunitario al aplicar el derecho doméstico violaría el art. 62 AE, y ello daría lugar a consultas diplomáticas y a la aplicación de sanciones comerciales.

2.3. El contenido actual del derecho comunitario en materia de competencia está formado por los criterios de aplicación elaborados y que continuamente se elaboran en la jurisprudencia relativa a los arts. 85 y 86 del Tratado de la Comunidad. Por lo tanto, la expresión "los criterios que fluyen de la aplicación" de dichos artículos hace referencia a la totalidad del contenido del derecho comunitario y esencialmente puede ser equiparada a la totalidad de las normas de competencia del derecho comunitario.

El problema de la aplicabilidad directa surge porque el art. 62(2) AE no contiene los "criterios" sino que sólo remite a ellos, tal como existen y evolucionan en el derecho de la Comunidad. Al mismo tiempo, conforme a las RI, la OCEH tiene la obligación de aplicar estos criterios. Por lo tanto, conforme al art. 62(2) AE y al art. 1 RI, los criterios jurídicos relevantes de la Comunidad, tan pronto como aparecen en las decisiones de la autoridad encargada de garantizar la competencia o del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o en las reglamentaciones comunitarias, también deben ser tomados en consideración y aplicados por la OCEH.

La aplicabilidad directa es una característica típica de la relación entre el régimen jurídico de la Comunidad y sus Estados miembros. Sin embargo, en el curso de este control constitucional, la situación que surge de la conjunción del art. 62(2) AE y del Art. 1 RI tiene que ser evaluada tomando en cuenta la circunstancia de que actualmente la República de Hungría no es un Estado Miembro de la Comunidad Europea. La incidencia de los criterios de derecho comunitario a que remite el art. 62(2) AE en la aplicación del derecho húngaro no encuadra en el orden de la eficacia de los tratados internacionales. Fundamentalmente, porque los criterios remiten a las leyes domésticas y jurisprudencia del foro doméstico de un sujeto de derecho internacional (la Comisión de la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas). Por lo tanto, dichos criterios deben ser aplicados en los procesos conducidos por la OCEH sin la previa confirmación, incorporación, transformación o proclamación por una ley doméstica que, en el derecho húngaro, resultan

necesarias para la eficacia doméstica de los tratados internacionales.

Dado que el derecho de competencia es de derecho público, los criterios a que remite el art. 62(2) AE no pueden aplicarse como normas de derecho internacional privado. Las relaciones de derecho internacional privado, aun cuando estén regidas por normas eficaces, deben distinguirse de las relaciones de derecho público que afectan la soberanía porque la restricción a esta última requiere autorización constitucional.

Finalmente, los mencionados criterios del derecho comunitario tampoco pueden entrar al régimen jurídico húngaro como reglas generalmente aceptadas del derecho internacional, dado que no pueden ser equiparados a éstas o a las normas del *ius cogens* internacional a ningún respecto

2.4. Cabe destacar la falta de limitación temporal de las normas jurídicas que resultarían aplicables como "criterios", ya que el art. 62(2) no sólo remite a específicos "criterios de aplicación" ya existentes en el derecho comunitario sino también a las normas, principios y criterios jurídicos aplicables que se elaboren en el derecho comunitario luego de la adopción del AE, como, e.g., a través de las decisiones que la Comisión Europea adopte como autoridad a cargo de garantizar la competencia, de las decisiones de los tribunales comunitarios y de las reglamentaciones comunitarias.

Además, es de notar la inseparable vinculación de la ley de competencia con la soberanía estatal. Por su significado e implementación, la ley de competencia está bajo la jurisdicción exclusiva de la soberanía estatal. El derecho internacional no admite extender las reglas de esta área por sobre el principio de territorialidad objetiva. La exclusividad de la soberanía estatal propia de la territorialidad también significa que el Estado puede disponer de sus derechos soberanos en sus relaciones internacionales.

Sin embargo, también resulta aplicable a la formación de las relaciones internacionales el principio de que el poder del Parlamento -y también de otras instituciones estatales- no es irrestricto. Por lo tanto, en un área legal que está bajo la exclusiva jurisdicción de la soberanía estatal, el Parlamento no puede válidamente violar el principio de territorialidad en un tratado internacional sin contar con autorización constitucional expresa. Desde el punto de vista de la constitucionalidad, a este respecto no resulta relevante que una extensión semejante se aplique a un área relativamente limitada y estrictamente circunscripta, a saber, la ley de restricciones anticompetitivas dado que la totalidad del sistema jurídico y cada parte de él debe estar en conformidad con la Constitución.

2.5. Conforme el principio de la soberanía del pueblo consagrado por el art. 2(2) de la Constitución, el poder público sólo puede ejercerse con base en la legitimidad democrática el cual, conforme a la Constitución, requiere que todas las normas públicas aplicables a los sujetos de derecho húngaros estén basadas en una legitimidad democrática que pueda ser rastreada hasta la soberanía del pueblo.

Conforme al art. 2(1) y (2) de la Constitución, las normas que integran el derecho doméstico de otro poder público -en este caso la Comunidad- y en cuya creación la República

de Hungría no tiene ninguna influencia porque no es un Estado Miembro de la Comunidad, no pueden resultar obligatoriamente aplicables para las instituciones húngaras encargadas de la aplicación de las leyes. Esto requeriría una autorización constitucional expresa.

Por lo tanto, es absolutamente diferente que un Estado asuma una obligación concreta y precisa en un tratado internacional a que restrinja una determinada área del derecho a otro régimen jurídico, aún siendo dicha área limitada y estrictamente delimitada. En consecuencia, el art. 2(1) y (2) de la Constitución quedan violados por el hecho de que, a resultas de la conjunción del art. 62(2) AE y art. 1 RI, la OCEH está obligada a resolver los casos mediante la directa aplicación de criterios a los que sólo remite el art. 62(2) AE y de las leyes sustantivas húngaras.

Si bien el Parlamento es, conforme el art. 2(2) de la Constitución, el depositario de la soberanía del pueblo, no puede violar el art. 2(1) y (2) de la Constitución ni siquiera mediante la conclusión o promulgación de tratados internacionales. Conforme al art. 19(3)(a) de la Constitución, el Parlamento tiene facultades para adoptar y reformar la Constitución. Empero, también a este respecto, debe actuar constitucionalmente, cumpliendo las exigencias procesales y para la toma de decisiones que rigen la reforma de la Constitución y fundándose en la cláusula relativa al poder directo y expreso para reformar la Constitución. El Parlamento no tiene atribuciones para reformar secretamente la Constitución mediante la conclusión y promulgación de un tratado internacional.

2.6. El art. 62 AE y el art. 1 RI constituyen una unidad reglamentaria estrechamente entrelazada y por lo tanto el régimen de cooperación resulta indivisible.

En ausencia de las RI, la inconstitucionalidad de esta reglamentación no se fundaría en lo dispuesto por el art. 62(2) dado que no impone a la OCEH la obligación de aplicar los criterios del derecho comunitario si no se lo interpreta en conjunción con el art. 1 de las RI. En consecuencia, son los primeros dos párrafos de este artículo los que se declaran inconstitucionales. Empero, se posterga la decisión sobre la anulación hasta el 31 de diciembre de 1999.

3. Consecuencias de la sentencia

3.1. Consecuencias a corto plazo

Esta sentencia da lugar a la nulidad sólo de las disposiciones relevantes de las leyes húngaras que promulgan las normas inválidas. Sin embargo, la Corte postergó hasta el 31 de diciembre de 1999 la adopción de una decisión en relación a dicha anulación, invocando la prevalencia del interés general por sobre el privado. Este es el primer supuesto de anulación diferida de disposiciones inconstitucionales que promulgan tratados internacionales.

La no-aplicación de las normas, como consecuencia automática de esta decisión judicial, en la práctica se traduce en la no-existencia de los equivalentes húngaros que las promulgan. En consecuencia, si bien la Corte Constitucional ejerció sus atribuciones al impedir que las disposiciones inconstitucionales del tratado entraran en vigencia en Hungría,

en los hechos quitó a la anulación postergada todo significado: si el único efecto de la anulación es que la norma anulada pierde la posibilidad de ser aplicada, ¿qué razón tiene postergar la anulación de una norma jurídica que de todos modos no puede entrar en vigencia?

Si bien la decisión de la Corte de no anular el art. 62(2) del AE puede, a primera vista, mostrar el ejercicio de una auténtica auto-restricción, lo cierto es que el Tribunal aprovechó la oportunidad para brindar pautas sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a fin de establecer las consecuencias que a corto plazo tendría su sentencia y también para reafirmar el dualismo del régimen jurídico húngaro. En consecuencia, distinguió rigurosamente los efectos que la declaración de inconstitucionalidad de una cláusula de un tratado internacional tenía a nivel de derecho internacional e interno: si bien a resultas de la inconstitucionalidad de la ley húngara promulgada, la obligación internacional inconstitucionalmente asumida no puede entrar en vigor y no puede aplicarse en el derecho interno húngaro, la obligación asumida subsiste en lo que hace a su vigencia en términos del derecho internacional, a saber, la decisión del Consejo de la Asociación tiene efecto vinculante para la República húngara como sujeto de derecho internacional luego de la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones de las leyes promulgadas. En virtud de lo dispuesto por el art. 7(1) de la Constitución, corresponde al legislador armonizar el derecho interno con la obligación asumida a nivel internacional.

Además, la Corte analizó las consecuencias que la decisión tenía en relación a la aplicación del art. 62(2) AE, en relación al cual rechazó la impugnación constitucional. A este respecto manifestó que la mera circunstancia de que, en ausencia de una incorporación adecuada, un tratado internacional no pase a formar parte del derecho húngaro, no significa necesariamente en todos los casos que ese tratado no deba ser tomado en cuenta para aplicar el derecho húngaro. El art. 7(1) de la Constitución exige la armonía de las obligaciones asumidas a nivel internacional y el derecho interno, y en ese marco, la interpretación del derecho interno que promulga un tratado internacional de forma que éste cumpla con el significado vivo del tratado aceptado por el derecho internacional. La armonía de las obligaciones asumidas internacionalmente debe garantizarse en relación a la totalidad del derecho interno, incluyendo a la Constitución. Al mismo tiempo, conforme al mencionado art. 7(1) de la Constitución, el régimen jurídico húngaro reconoce las reglas generalmente aceptadas por el derecho internacional. Una exigencia constitucional similar se aplica a las normas del derecho internacional *ius cogens*. Sin embargo, las obligaciones internacionales asumidas en tratados, fuera del ámbito del *ius cogens* internacional no pueden entrar en vigencia cuando resulten contrarias a la Constitución. El principio *favor conventionis* se aplica en la medida en que la Constitución no resulte violada a resultas de la interpretación del derecho húngaro conforme a un tratado internacional. Si la correcta interpretación de una obligación asumida internacionalmente conduce a la violación del art. 2 de la Constitución, la armonía exigida por el art. 7(1) de la Constitución no existe. Dado que los primeros dos

parágrafos del art. 1 de las RI son inconstitucionales, y por lo tanto no pueden ser tomados en cuenta en el derecho húngaro, tampoco pueden tener relevancia para la interpretación y aplicación del art. 62(2) AE. Por lo tanto, la OCEH no puede aplicar directamente los criterios a que remite el art. 62(2) AE.

3.2. Consecuencias a mediano plazo

Conforme a las pautas dadas por la Corte sobre los efectos de su sentencia en relación al art. 62(2) AE, el régimen de cooperación sigue vigente incluso en el derecho húngaro excepto en lo relativo a la aplicabilidad de las normas comunitarias sobre competencia en el régimen jurídico húngaro. Esto, sin embargo, también significa que esta sentencia invalida el elemento probablemente más importante del régimen de cooperación en materia de competencia, sin el cual el régimen no puede ser implementado.

La Corte no solucionó este problema operativo sino que solamente brindó posibles formas para hacerlo. En la primer sentencia que dictó en este caso, donde resolvió las cuestiones preliminares, afirmó que corresponde al legislador garantizar la armonía del derecho interno con las obligaciones internacionales asumidas mediante la enmienda de la Constitución o mediante la terminación o re-negociación de un nuevo tratado internacional que sustituya las disposiciones declaradas inconstitucionales.

Sin embargo, en la práctica, el Gobierno húngaro es la institución que más legislación propone y también la que interviene en la (re) negociación de los tratados internacionales, y en consecuencia, puede ejercer una fuerte influencia en la decisión entre las dos alternativas mencionadas. Es curioso que los mismos Ministerios que tuvieron la posibilidad de influir en el proceso que dio lugar a esta sentencia también tengan la responsabilidad de encontrar una solución específica para la situación creada por dicha decisión judicial. Resta saber cuál será su opción.

En Septiembre de 1998 los Ministros de Justicia y de Relaciones Exteriores presentaron una "Propuesta Conjunta al Gobierno sobre la Valoración de la sentencia 30 del 25 de Junio de 1998 de la Corte Constitucional" en donde rechazaron la posibilidad de hacer una enmienda constitucional hasta el acceso de Hungría a la Comunidad y propusieron elegir expertos para negociar la reforma de las RI de forma que Hungría se comprometiera a la "recepción" del derecho comunitario de competencia a través de su incorporación legislativa.

3.3. Consecuencias a largo plazo

Esta sentencia es un importante hito en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional húngara. Si bien en sus primeras sentencias la Corte sólo formuló su criterio en relación a dos categorías de derecho internacional -reglas de tratados internacionales y reglas y principios generalmente aceptados del derecho internacional- aquí por primera vez enunció su posición sobre el derecho comunitario. Y, si bien adoptó su decisión con base en la interpretación de las leyes húngaras vinculadas al derecho internacional, expresamente tomó en cuenta la circunstancia de que el derecho comunitario tiene características especiales. Por ejemplo, en lugar de usar la expresión "derecho internacional", la Corte

destacó que los criterios comunitarios a que remite el art. 62(2) constituyen, a los fines del derecho húngaro, un derecho extranjero, dado que Hungría no es un Estado miembro de la Comunidad Europea.

Algunos indicios en el texto de esta sentencia sugieren o predicen el futuro criterio húngaro para con el derecho comunitario. Por ejemplo, al referirse a la naturaleza de derecho extranjero del derecho comunitario, la Corte expresamente alegó que el derecho comunitario era un derecho extranjero desde el punto de vista del régimen jurídico húngaro porque Hungría aún no es un Estado Parte de la Comunidad Europea. Entonces, luego del acceso, el derecho comunitario sería un derecho no-extranjero a los fines de la aplicación del derecho húngaro. Además, la circunstancia de que el verdadero problema constitucional individualizado por la Corte haya sido la vaguedad de las disposiciones relevantes hace pensar que ésta podría aceptar y en verdad ordenaría la aplicación indirecta de las leyes extranjeras a las que remite un tratado internacional. Sin embargo, sólo puede esperarse que todo traduzca el deseo de la Corte Constitucional de aceptar las características específicas del derecho comunitario tales como la aplicabilidad directa o el efecto directo en Hungría luego de la adhesión. Un grado de certeza suficiente a ese respecto sólo puede surgir de una futura jurisprudencia constitucional que acepte expresamente esa posibilidad.

Otras pautas en cuanto a la futura relación entre el derecho constitucional húngaro y el derecho comunitario pueden extraerse del análisis que la Corte hizo de la aplicabilidad del art. 62(2) AE. Limitando la aplicación del derecho extranjero al contexto que no declaró inconstitucional, puede plantear la posibilidad de que si una norma comunitaria es considerada o declarada inconstitucional en Hungría, no podría tomarse en cuenta en dicho país ni aun después de la adhesión. De hecho, al confirmar sus facultades para determinar la forma en que los órganos húngaros encargados de la aplicación de las leyes deben aplicar las normas internacionales, la Corte Constitucional retuvo el poder exclusivo para pronunciarse sobre la legitimidad de las reglas internacionales en el régimen jurídico húngaro.

Por otra parte, si bien el conflicto constitucional identificado en esta sentencia se va a solucionar con la re-negociación del régimen de cooperación, a largo plazo la adhesión indefectiblemente va a requerir ciertas reformas a la Constitución húngara. A la luz del muy arraigado dualismo del régimen jurídico húngaro y del criterio adoptado en este caso por la Corte, parece inevitable introducir una norma constitucional expresa sobre la limitación o transferencia de la soberanía húngara a partir de la fecha del acceso. Por ejemplo, la Constitución debería otorgar facultades expresas a las instituciones húngaras encargadas de la aplicación de las leyes para hacer caso omiso de las normas húngaras que contradigan el derecho comunitario. Además, a fin de evitar un debate innecesario entre el derecho húngaro y el comunitario, también debe reformarse el art. 8(1) de la Constitución en el sentido de que los derechos y obligaciones fundamentales no sólo pueden limitarse y derogarse mediante actos legislativos húngaros. De lo contrario, cualquier tipo de norma comunitaria directamente aplicable en Hungría y que tenga este efecto va a ser impugnada ante la Corte

Constitucional por cuestiones formales. Una situación similar ya se planteó en relación a la legislación anterior a 1989, dado que innumerables impugnaciones de ordenanzas gubernamentales y del gabinete del antiguo régimen jurídico que afectaban algún derecho fundamental fueron planteadas con base en el mencionado art. 8 de la Constitución. La Corte Constitucional se vio, entonces, obligada a adoptar la práctica de no invalidar ninguna norma antigua por razones puramente formales sino exclusivamente por contradicción a la Constitución. Si bien la Corte puede adoptar el mismo criterio en relación a las cuestiones formales del derecho comunitario, es altamente probable que ejerza plenamente su bien arraigado derecho al control sustantivo de las limitaciones que puedan afectar la esencia de un derecho fundamental y de la proporcionalidad de dicha limitación.

3.4. Consecuencias para el sistema político interno

Además de la gran importancia que las dos sentencias dictadas en este caso tienen para la relación entre el sistema jurídico húngaro y el derecho comunitario, lo cierto es que resultan asimismo especialmente importantes desde un punto de vista interno porque constituyen pasos importantes para la autolegitimación de la Corte Constitucional.

Observando el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en el área de la relación entre derecho húngaro y no húngaro desde la sentencia n° 53 del 13 de octubre de 1993 (*1956 Revolution Judgement*), se aprecia que la Constitución surge como último hito a los fines de la armonía entre normas húngaras y no húngaras, y que la Corte Constitucional se consolida como foro último para identificar y decidir las cuestiones constitucionales comprometidas. Indudablemente, la mayor parte de esa jurisprudencia son normas elaboradas por el Poder Judicial, las cuales deben reunir ciertas características para ser bien aceptadas. Cabe notar que cada paso tendiente a ampliar la competencia de la Corte Constitucional a través de normas judiciales incluyó dos elementos no siempre perceptibles: 1) abrió el camino para la *actio populi*; y 2) en la mayor parte de los casos, decidió a favor de una cuestión política ampliamente aceptada. En otras palabras, la Corte basó el desarrollo y extensión de su jurisprudencia y competencia en esta área en la legitimación del pueblo.

Es en este contexto en que debe observarse la siguiente declaración que la Corte hizo en la sentencia en análisis: "la legitimidad democrática del ejercicio del poder público es requisito constitucional tanto de los actos internos como de los externos del poder público, incluyendo por lo tanto a los actos del poder público dirigidos a determinar las relaciones internacionales y a establecer obligaciones internacionales".

Indudablemente, con esa declaración, la Corte implícitamente se confirmó a sí misma como la institución más legítima en la República húngara, dado que, incluso, puede controlar a la institución tradicionalmente investida de la soberanía del pueblo húngaro, a saber, el Parlamento. Es interesante anotar que si bien durante las negociaciones de la transición el gobierno comunista quiso preservar la supremacía del Parlamento e intentó crear una Corte Constitucional que sólo tuviera una competencia limitada, negándole el derecho a anular los actos del Parlamento, las dos propuestas básicas y finalmente implementadas de la oposición,

en relación a la Corte Constitucional, fueron *actio populis* y le otorgaron facultades para revisar la constitucionalidad de los actos adoptados por el Parlamento.

No hay razón para criticar a la Corte por cumplir con sus obligaciones constitucionales y por el rol especial que jugó en la democratización. En verdad, tanto el derecho internacional como las constituciones han cumplido una función muy importante a este respecto y los tribunales constitucionales han sido principalmente establecidos para promover ese rol en los países que previamente estaban gobernados por regímenes totalitarios, y que por ello habían perdido la confianza en las instituciones jurídicas y políticas tradicionales.

Hungría no es una excepción. La Corte Constitucional húngara fue la primera institución democrática establecida luego de las reformas que se produjeron a fines de la década de los ochenta, dado que incluso precedió a la formación del primer Parlamento electo democráticamente. Además, fue una institución en la que estuvieron comprometidos intereses políticos muy importantes desde su creación, dado que se estableció conforme a las exigencias maximalistas de la oposición en cuanto a su competencia. A resultas de esto, la jurisdicción y poder de la Corte, incluso por comparación internacional, es muy amplia, y en la práctica, ejercidas plenamente. A partir del momento en que comenzó a funcionar, en el período altamente tumultuoso del establecimiento de un sistema democrático, la existencia de la Corte Constitucional permitió que el debate político se tradujera en problemas jurídicos que, con la decisión de la Corte, fueron resueltos de una manera definitiva y vinculante. Sin embargo, era prácticamente imposible descartar a través de esa legalización las connotaciones predominantemente políticas.

En verdad, como los sistemas político y económico están siendo objeto de una enorme transformación, la Corte Constitucional de Hungría tiene un rol y responsabilidad aún más importante como elaboradora de normas que cualquiera de sus equivalentes de las democracias establecidas. En cuanto el nuevo régimen constitucional entró en vigencia, problemas del sistema que ni siquiera habían sido concebidos por los *Founding Fathers* surgieron como cuestiones puntuales y prácticas. Incluso una Corte auto-restrictiva queda comprometida en la formación del sistema constitucional y en la adjudicación de cuestiones altamente políticas que afectan el interés público a un nivel inimaginable en las democracias establecidas.

En cualquier caso, es sorprendente ver como el público en general y el sector político húngaro aceptan la autolegitimación de la Corte húngara. El enorme esfuerzo legislativo realizado por el Parlamento para reemplazar la legislación del antiguo régimen estuvo acompañado de un "diluvio de peticiones" de particulares a la Corte Constitucional. A pesar de que ésta rechazó 2/3 de dichas peticiones con base en que no tenían por objeto impugnar la constitucionalidad de normas jurídicas, sino apelar sentencias definitivas -porque los ciudadanos erróneamente la consideraban una tercera instancia-, esto demuestra que los ciudadanos tenían una clara imagen de la democracia húngara y otorgaban un alto grado de

legitimidad a la Corte Constitucional como la institución más asequible para ayudar a la concreción de esa imagen. Por otra parte, a diferencia de otros países europeos como Francia e Italia, donde es más probable que el pueblo proteste públicamente contra las decisiones políticas impopulares, el Pacto de Estabilidad de 1995 del Gobierno Húngaro dio lugar a relativamente pocas demostraciones, pero a muchas más presentaciones ante la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ha sido y está siendo también legitimada por los grupos más influyentes de la vida política húngara. En el debate parlamentario, los partidos políticos han intentado aprovecharse de la revisión preventiva de las normas. Al igual que durante los cuatro años del régimen socialista-liberal (1994-1998), durante los cuales la Corte era el foro último de oposición conservadora para bloquear efectivamente las propuestas y actos del gobierno-, en febrero de 1999 dicho Tribunal se pronunció a favor de la presentación de los socialistas-liberales ahora opositores, declarando que los actos que deben adoptarse por una mayoría calificada de 2/3 no pueden ser anulados o reformados por actos adoptados por una mayoría simple.

Es probablemente justo criticar a la Corte Constitucional húngara por su excesiva elaboración de normas y por su muy alta intervención en la arena política húngara. Empero, no debe olvidarse que pese a la decepción que el pueblo sentía por las instituciones políticas tradicionales de la República húngara, la Corte Constitucional sigue siendo una institución relativamente legitimada. Indudablemente, al autolegitimarse, la Corte Constitucional también legitima la recientemente establecida democracia húngara. En momentos de cambios turbulentos en el medio social y económico, la salvaguarda de la validez del sistema jurídico anterior a la transición, que se elimina a un ritmo relativamente más lento que aquel en que se producen los cambios sociales y económicos, en los hechos salvaguarda el factor más estable de la sociedad. Sin embargo, tanto la antigua como la nueva legislación requieren, para su adecuado funcionamiento, de legitimidad. De hecho, en épocas de cambios de régimen y de transición social y económica, cuando las cuestiones jurídicas y políticas están más entrelazadas, la validez de las leyes y su legitimidad pueden ser particularmente importantes, pero diferentes. Mientras la validez resulta crucial en el momento preciso del cambio político, el rol de la legitimidad para establecer la democracia pasa a tener una mayor gravitación a medida que avanza la transición.

¿Es entonces la excesiva elaboración de normas por parte de una Corte Constitucional cuasipolítica un precio demasiado alto para esa legitimidad?

VOLKAI, János, "Agreement and European law in Hungary: the judgment of an activist constitutional court on activist notions The application of the European", en *Harvard Law School, The Jean Monnet Chair Papers*, 1999, n° 8, <http://www.law.edu/Programs/JeanMonnet/papers/99/990800.html>.

LIBERTAD DE EXPRESION. LÍMITES. INSULTOS. ODIOS. DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO AL HONOR (EE.UU.).

Los debates contemporáneos sobre la Primera Enmienda muchas veces se traban porque una tesis destaca el principalísimo valor de la libre expresión, mientras la otra señala los daños que ciertas formas de expresión pueden causar. Es difícil romper este *impasse* sin adoptar una doctrina más general sobre la libre expresión, que integre tanto sus fundamentos como sus límites en un todo coherente.

A esos efectos, el punto central es que la libertad de expresión está limitada por los derechos fundamentales de las otras personas y de la comunidad como un todo. Esta idea fue considerada axiomática cuando se adoptó la Enmienda. Los norteamericanos del siglo XIX vieron a la libre expresión en el contexto de una concepción iusnaturalista y contractualista, y la consideraron un derecho inherente a la naturaleza humana y a la ciudadanía republicana que, al igual que los otros derechos similares, está limitado por los derechos de los demás.

Este criterio brindaba un estándar para evaluar la legitimidad de las leyes que regulaban la expresión cuya aplicabilidad fue minada por el surgimiento del positivismo y utilitarismo jurídicos, que repudian el concepto de derechos naturales. La jurisprudencia moderna no ve en las cuestiones fundadas en la Primera Enmienda conflictos de derechos sino como choques entre la libertad de expresión y los “intereses sociales”, concepto este último en el que se incluyeron los derechos de otras personas. Cuando se interpreta al problema de este modo, la fuerte protección a la libertad de expresión resulta -involuntaria pero necesariamente- en el sacrificio de los derechos de otros, mientras que la opción por los intereses sociales se traduce en el sacrificio de la libre expresión. La doctrina moderna sobre la Primera Enmienda no ofrece ninguna forma coherente para salir de este dilema. Esta es una de las principales razones por las cuales los debates contemporáneos sobre libertad de expresión son tan difíciles de resolver.

La intratabilidad de estas cuestiones sugiere la conveniencia de retornar a la concepción anterior con el fin de establecer los fundamentos y límites de la libertad de expresión. Si consideramos que los derechos están fundados en la dignidad humana, éstos representan lo que significa ser una persona libre en las diversas esferas de la vida, no sólo en relación al mundo exterior sino también a la vida interior y a la forma en que ésta se expresa a otros, a las relaciones sociales y a la participación en la comunidad, y al área intelectual y espiritual. Estos cuatro elementos de la libertad se corresponden con los cuatro fundamentos principales que se reconocen a la libre expresión, a saber, que es: un aspecto de la libertad exterior, esencial para la autorrealización personal y para el auto-gobierno democrático, y una salvaguarda de la búsqueda de la verdad. Pero los mismos principios en que se basa la libertad de expresión también dan origen a otros derechos -e.g., la seguridad,

privacidad, reputación, ciudadanía e igualdad personales- que, por ende, tienen el mismo estatus fundamental y valor que aquélla. De esto se sigue que la expresión, en términos generales, debe respetar estos derechos, a menos que tenga un valor suficiente como para justificar las lesiones que cause.

Cabe analizar como se aplica esta tesis a las actuales controversias sobre los insultos y las expresiones de odio. Además de la amenaza que puedan constituir para la paz pública, los insultos pueden violar los derechos de sus destinatarios a la dignidad personal y a estar libres de angustia emocional. Las expresiones de odio también pueden violar estos derechos, así como los de seguridad, igualdad y ciudadanía personal. Por sobre todas las cosas, las expresiones de odio violan el derecho fundamental a ser reconocido como una persona y como un miembro de la comunidad. Los insultos y las expresiones de odio generalmente carecen de un valor suficiente que sobrepase al de las lesiones que causan. Por estas razones, generalmente deben considerarse expresiones no protegidas, conforme a la doctrina antes expuesta sobre la Primera Enmienda.

HEYMAN, Steven J, “Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression”, en *Boston University Law Review*, vol. 78, n° 5, diciembre de 1998, p. 1275.

MUJERES. DERECHO A LA IGUALDAD. DERECHO DEL TRABAJO. FAMILIA. DERECHO COMUNITARIO (COMUNIDAD EUROPEA).

Las normas que rigen la igualdad sexual si bien han logrado eliminar algunas de las formas más radicales de discriminación, en los últimos años los tribunales se han enfrentado a otras mucho más complejas y polémicas porque se vinculan a las causas de esta desigualdad al cuestionar la organización social del trabajo y de la familia.

Esta situación se refleja en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal) que, si bien en un principio ejerció una fuerza dinámica contra la discriminación de las mujeres, recientemente ha sido objeto de crecientes críticas principalmente fundadas en su falta de ambición y en su recurso a un concepto más formal que sustantivo de igualdad. El énfasis en la igualdad formal, el tratamiento de los iguales como iguales sin hacer referencia alguna al contexto más amplio de la situación, o a la realidad de las vidas de muchas mujeres, han llevado al Tribunal a distinguir la “familia” del “lugar de trabajo” cuando aplica las normas relativas a la igualdad sexual. Esta distinción impide, en los hechos, que el Tribunal promueva la igualdad *de facto* de las mujeres.

La principal limitación jurídica a las normas que prohíben la discriminación indirecta en razón del sexo es que el empleador puede defender sus prácticas discriminatorias demostrando que sus acciones están objetivamente justificadas. El derecho comunitario

delega al juez local la determinación de la objetividad de la justificación invocada, lo cual inevitablemente da lugar a que cuestiones similares se resuelvan en forma muy diferente. En el caso *Hill and Stapleton v. The Revenue Commissioners and the Department of Finance -v. investigaciones 2* (1999), p. 310-, el Tribunal intentó reducir el problema que plantean estas interpretaciones divergentes del concepto de justificación objetiva, y en *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg* (Caso 184/89, 3 C.M.L.R. 699 -1992-) consideró las justificaciones brindadas para el diferente tratamiento que reciben los trabajadores de jornadas compartida y completa.

El categórico rechazo del Tribunal a las justificaciones brindadas en *Hill* asegura que sigue ejerciendo algún control sobre el grado de conducta discriminatoria permisible en los Estados Miembros. En este caso, el Tribunal determinó que no resultan determinantes las hipótesis tradicionales sobre el modo diferente en que los trabajadores de jornadas compartida y completa adquieren sus habilidades. Con ello, sutilmente pidió a los tribunales locales y a los empleadores que reexaminaran las premisas que han sostenido durante mucho tiempo en relación a ciertas formas de trabajo que conducen a la discriminación, y cumplió el objetivo general de las normas que rigen la discriminación indirecta -a saber, el reexamen de áreas de amplia discriminación no intencional-, teniendo en la mira aquellas prácticas que, en razón de la tradición y la costumbre, siguen perjudicando a muchas mujeres. Si el Tribunal no fuera tan riguroso en su evaluación del mérito de las justificaciones invocadas, la efectividad de esta área del derecho se vería considerablemente reducida. Por lo tanto, *Hill* puede ser considerado el último caso de una línea jurisprudencial en la cual el Tribunal elaboró un test más riguroso para la evaluación de la justificación objetiva y, en esta medida, la sentencia es bienvenida.

Sin embargo, al adoptar una actitud más intervencionista, el Tribunal parece inclinarse a hacer más explícita la política relativa al rol que las mujeres juegan dentro de la familia. El Tribunal se ha visto en dificultades para diferenciar la forma en que examina las cuestiones de discriminación que se plantean en los lugares de trabajo y dentro de la vida familiar, pese a que estas últimas impactan en las primeras. La más clara exposición de esto se hizo en el ahora famoso caso *Hofmann v. Barmer Ersatzkasse* (184/83, E.C.R. 3047 -1984-) donde el peticionante impugnó la validez de ciertas normas nacionales que sólo otorgaban a las mujeres una licencia que esencialmente era para el cuidado de niños, con base en que contradecían el derecho comunitario al igual tratamiento. El Tribunal rechazó esta pretensión y declaró que la Directiva 76/207 no estaba destinada a resolver cuestiones vinculadas a la “organización de la familia” ni a “alterar la división de responsabilidades entre los padres”. Sin embargo, el derecho comunitario inevitablemente impacta en la organización de la familia y, al confirmar la validez de dichas normas nacionales, el Tribunal legitimó el *statu quo*, convalidando una política que ayuda a asegurar que las mujeres son y siguen siendo primariamente responsables de los hijos.

El Tribunal reforzó, en ese mismo fallo, esta descripción normativa del rol que las

mujeres juegan en la vida familiar cuando agregó que el objetivo de la licencia por maternidad es “proteger la relación especial entre una mujer y su hijo” al relevarla de las “múltiples cargas que resultarían de la simultánea tarea del empleo” y del cuidado de los hijos. Esta declaración, que el Tribunal repitió en varios casos posteriores, tiene dos efectos principales. En primer lugar, formula una ideología de la maternidad conforme a la cual se espera que la madre y el hijo tengan una relación muy estrecha en la cual el hijo recibe un cuidado constante e individualizado que sólo la madre le brinda. El cuidado de los hijos representa la responsabilidad social primaria de la madre durante los primeros años del niño, un rol “protegido” por el derecho comunitario. En segundo lugar, concibe que la mujer, en estos tiempos, sólo juega el rol de cuidar primariamente a los hijos, rol que debe ser protegido de toda pretensión de que los padres tienen derecho a gozar de una licencia para cuidar a los hijos, o de facilitar un “vínculo” entre padre e hijo.

El Tribunal hizo referencia a que, en la administración pública irlandesa, el 83 % de quienes desempeñan un empleo en jornada compartida “eligen esta opción para combinar las responsabilidades familiares y laborales” y destacó que esta alternativa “invariablemente incluye el cuidado de los niños”. Agregó que la política de la Comunidad es “alentar y, si es posible adaptar, las condiciones de trabajo a las responsabilidades familiares”. Con esto parece referirse a la circunstancia de que si bien el derecho comunitario no está destinado a alterar la organización de la familia (*Hofmann*), dentro de los límites de la organización familiar “tradicional”, las mujeres deberían poder combinar sus responsabilidades laborales y familiares. De este modo, en cierta medida, el Tribunal parece estar queriendo asegurar que las mujeres puedan combinar sus responsabilidades familiares y laborales. Los imperativos del mercado único generan alguna preocupación por la subsistencia de mano de obra femenina a gran escala. Por consiguiente, si bien en *Hofmann* el Tribunal afirmó que el derecho comunitario no está destinado a resolver cuestiones relativas a la vida familiar, lo cierto es que declaró expresamente que, en los hechos, la política comunitaria está dirigida a facilitar una determinada forma de organizar la vida familiar.

El Tribunal agregó que la política comunitaria tiene por objeto, además de alentar las condiciones de trabajo compatibles con las responsabilidades familiares, “proteger a las mujeres dentro de la vida familiar” y en el curso de sus actividades profesionales. Dado que las mujeres siguen teniendo la responsabilidad primaria del cuidado de los niños -como sostuvo el Tribunal-, la palabra proteger y el énfasis en el rol de las mujeres, sugiere un esfuerzo por asegurar que ellas sigan ejerciéndolo, pero sin sufrir demasiados perjuicios profesionales al amparo del derecho comunitario.

El Tribunal manifestó que el rol de los hombres dentro de la familia también merece protección. Empero no resulta claro, cuál es el “rol de los hombres” en dicho ámbito, a los fines del derecho comunitario. La conclusión lógica del argumento formulado más arriba es que cumplen el rol tradicional, corolario del asignado a las mujeres: el derecho comunitario no busca cambiar los roles sino “protegerlos”.

El derecho comunitario sobre igualdad sexual debería alentar la diversidad de los roles parentales y profesionales de los hombres y mujeres, y no “proteger”, afianzar o legitimar sus roles actuales. La dificultad que plantea *Hill* es que la elisión entre el reconocimiento de que las mujeres siguen siendo las responsables primarias del cuidado de los niños -que el Tribunal hace en su jurisprudencia sobre discriminación indirecta- y la conclusión de que esto debe ser así, a la que llega a partir de aquella descripción. Empero, dicha conclusión no es consecuencia necesaria del reconocimiento del que parte. En verdad, si las normas que protegen frente a la discriminación indirecta tienen por objeto poner en tela de juicio las costumbres tradicionales que tienen un efecto discriminatorio sobre las mujeres, la política del Tribunal debería consistir en cuestionar la presunción de que las mujeres deben ser las responsables primarias del cuidado de los niños y las arraigadas concepciones sobre los roles de los sexos, a fin de brindar a los hombres y mujeres una elección verdaderamente libre. La doctrina actual del Tribunal “protege” los derechos de las mujeres que se corresponden con el rol tradicional que se les ha asignado. No brinda a las mujeres una libre elección para optar entre verse “cargadas” por las múltiples demandas del cuidado de los niños y el trabajo, o ser liberadas de esa carga por los padres que puedan asumir una mayor responsabilidad en el cuidado de los hijos, o cumplir con su rol “tradicional”, o por estas tres alternativas en diferentes etapas de sus vidas. En esta medida, la jurisprudencia del Tribunal quedó rezagada en relación a la actitud que la legislatura comunitaria adoptó al aprobar la Directiva de la Licencia Parental.

McGLYNN, Clare y FARRELLY, Catherine, “Equal Pay and the ‘Protection of Women within Family Life’”, en *European Law Review*, ed. Sweet & Maxwell, Londres, vol. 24, n° 2, abril de 1999, p. 202.

MUJERES. DERECHO A LA SALUD. MATERNIDAD. MORTALIDAD MATERNAL DURANTE EL EMBARAZO Y PARTO (EE.UU.).

La reducción del índice de mortalidad maternal durante el embarazo o parto a niveles en que deje de constituir un grave problema de salud constituye un objetivo alcanzable en casi cualquier área del planeta. Empero, son demasiadas las sociedades y comunidades que siguen viendo dichas muertes como algo “normal” o como uno de los riesgos a que se enfrentan las mujeres en el curso de sus vidas, justificándolas en términos del destino o de la voluntad divina; por ende, no las controlan mediante sus servicios de salud, educación y justicia.

Las Pautas de las Naciones Unidas para Controlar la Disponibilidad y Uso de los Servicios de Obstetricia (Pautas) -adoptadas formalmente en 1997 por la Organización

Mundial de la Salud, UNICEF y el Fondo de las Naciones Unidas para la Población- demuestran categóricamente que las complicaciones del embarazo y parto son imprevisibles en un alto porcentaje de los casos, pero controlables a través de programas sanitarios bien organizados y continuos. Dichas Pautas deberían incorporarse al derecho interno de los Estados Partes, como estándares obligatorios para juzgar si éstos cumplen las obligaciones que les imponen los tratados internacionales de derechos humanos que consagran el acceso de las mujeres al cuidado de su salud.

Con base en los derechos humanos fundamentales y dignidad de las mujeres, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo pidió “identificar las causas de la morbilidad y mortalidad maternal”, y “elaborar estrategias para reducirla, y aumentar la efectividad de los programas en curso”. Con estas palabras reconoció implícitamente que la comunidad de derechos humanos no puede, por sí sola, determinar las causas de estos problemas ni las estrategias adecuadas para lograr los objetivos mencionados. A fin de elaborar estándares universales para reducir la mortalidad maternal y para cubrir otros aspectos del derecho a la salud, los defensores de los derechos humanos deben recurrir a los especialistas en epidemiología, disciplina dedicada al análisis de los factores determinantes de este problema y de la distribución de las enfermedades en la población. Las Pautas están basadas en las investigaciones epidemiológicas más serias realizadas hasta la fecha, por lo que no sólo constituyen un gran avance en el camino tendiente a determinar cuáles son las vías adecuadas para reducir la mortalidad y morbilidad maternal, sino que también pueden ser usadas para controlar el progreso de los Estados en la lucha contra la mortalidad maternal, como cuestión internacional de derechos humanos.

YAMIN, Alicia Ely y MAINE, Deborah P., “Maternal Mortality as a Human Rights Issue: Measuring Compliance with International Treaty Obligations”, en *Human Rights Quarterly*, ed. The Johns Hopkins University Press, Maryland, 1999, vol. 21, n° 3, p. 563.

SIDA. CÁRCELES (FRANCIA).

Si bien ya en 1982 se describieron en los Estados Unidos los primeros casos de SIDA en las cárceles, la toma de conciencia europea de este fenómeno, en 1985, dio lugar a reacciones de angustia y de pánico en el personal penitenciario y los detenidos, fundadas en el desconocimiento de los modos de transmisión del virus, que provocaron problemas en las cárceles francesas, belgas, alemanas y españolas. En algunas de ellas, se dispuso el examen médico preventivo sistemático y obligatorio de todos los prisioneros y el aislamiento de los seropositivos; ciertos detenidos no quisieron cohabitar con los seropositivos; el personal penitenciario se negó a garantizar su servicio en dichas condiciones; los policías o gendarmes

encargados de escoltar a los detenidos solicitaron a la administración penitenciaria la identificación de los seropositivos... Este estado de cosas impulsó a los poderes públicos, a escala internacional y europea, a formular ciertas pautas y a adoptar diferentes medidas.

1. Cuestiones planteadas por el derecho internacional

El SIDA puso en evidencia la magnitud de las necesidades que, en materia de salud, tiene la población encarcelada y, correlativamente, las insuficiencias de la respuesta médico-social brindada por el conjunto de la comunidad internacional, más o menos agudas según el país. Dos organizaciones internacionales -la Organización Mundial de la Salud y el Consejo de Europa- hicieron una contribución sustancial a la definición de una política apropiada para la prevención, tratamiento y seguimiento post-penitenciario de la enfermedad, así como para la financiación de estas medidas, con una inspiración común: la protección de los derechos del hombre integrada a la estrategia mundial y europea de la prevención del SIDA.

1.1. Directivas de la Organización Mundial de la Salud

El principio de una acción destinada a frenar la propagación del SIDA como medio de respetar los derechos del hombre fue primeramente planteado por la Organización Mundial de la Salud (OMS). En noviembre de 1987, en ocasión de una consulta sobre la lucha contra el SIDA en las cárceles, dicha Organización hizo una declaración que se articuló alrededor de varios temas. Por un lado, juzgó que las autoridades carcelarias deben hacer conocer a los detenidos y al personal los riesgos de transmisión del virus, y combatir dichos riesgos mejorando la higiene y los servicios de salud de los penales, y proveyendo a los detenidos de preservativos. Además, estimó que los detenidos deben poder acceder a un examen médico preventivo cuando así lo soliciten, no deben sufrir medidas discriminatorias tales como el diagnóstico oculto de la enfermedad o la segregación, y deben poder acceder a la libertad anticipada para poder morir con libertad y dignidad. Finalmente, recomendó a los gobiernos la revisión de su política de encarcelamiento de toxicómanos, a la luz de la epidemia de SIDA y de su impacto en la vida de los detenidos.

Estas pautas se actualizaron en septiembre de 1992 momento en que, desde la perspectiva de la salud pública, se propusieron normas tendientes a prevenir la transmisión del virus en el medio carcelario y a tratar a los individuos ya infectados. Luego de recordar la particular importancia de la educación y de la información de los detenidos en relación al virus, la OMS señaló la necesidad de poner preservativos a disposición de los detenidos y de aplicar programas adaptados al tratamiento de la toxicomanía, reconociendo prudentemente a este respecto que convenía “estudiar la posibilidad de proveer a los detenidos de material de inyección estéril”.

1.2. Recomendaciones del Consejo de Europa

El Consejo de Ministros adoptó, el 21 de noviembre de 1987, una Recomendación sobre una Política Europea Común de Salud Pública para la Lucha contra el SIDA, la cual constituye el instrumento de referencia en la materia. Este documento se refiere

expresamente a la Convención Europea de Derechos Humanos, invita a los Estados miembros a declarar la lucha contra el SIDA como una prioridad nacional urgente, y solicita la elaboración de una política de salud pública más apropiada para la prevención de esta enfermedad mediante la adopción de una estrategia global, que incluya programas y medidas científicamente fundadas y eficaces que no invadan inútilmente los derechos individuales de los ciudadanos.

En este marco, el 30 de junio de 1988, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 1080 Relativa a la Prevención del SIDA en las Cárceles, que se refiere a: la información disponible sobre la infección por el virus y a los efectos que esta enfermedad tiene en el personal penitenciario y en los detenidos; la posibilidad de un diagnóstico preventivo que garantice la confidencialidad; la lucha contra la segregación dentro de la prisión; el traslado de los detenidos enfermos a hospitales y a la liberación de los detenidos “condenados por la enfermedad”; la higiene y alimentación favorables para los detenidos con deficiencias inmunológicas; y al conjunto de medidas preventivas como la distribución de preservativos, la lucha contra la introducción de la droga y de material para inyectar en el medio carcelario, la asistencia a los toxicómanos y, “como último recurso”, la provisión de jeringas y agujas descartables.

Finalmente, la Recomendación R-93-6 del Consejo de Europa, del 18 de octubre de 1993, reviste un mayor interés para las administraciones penitenciarias europeas. La orientación general de dicha Recomendación consiste en reconocer a la persona encarcelada, como a cualquier otro ser humano, el derecho al cuidado de la salud, como cualquier otro ser humano, inspirándose en el principio de que la calidad de las medidas preventivas y terapéuticas de que disponen los detenidos debe ser equivalente a las que existen en el dispositivo sanitario general. Pone énfasis en la necesaria cooperación entre los servicios médicos penitenciarios y los servicios de salud de la comunidad para asegurar el respeto de las normas sanitarias y la continuidad del tratamiento tanto para quienes ingresan como para quienes salen de prisión.

2. Respuestas del derecho francés

En Francia, el SIDA aceleró las reformas relativas a la salud de los detenidos, antes de hacer “crujir” las cárceles. Ya entre 1987 y 1989, los grandes centros de detención más afectados por la epidemia comenzaron a suscribir convenios con hospitales para organizar consultorios especializados, y en los establecimientos penitenciarios se hicieron diagnósticos preventivos, anónimos y gratuitos en condiciones de confidencialidad análogas a las existentes en un ámbito de libertad. Pero dichas medidas rápidamente demostraron ser insuficientes y esto condujo al poder público a la convicción de que sólo una cooperación mucho más intensa con los servicios de salud de la sociedad libre podría brindar una verdadera respuesta a la epidemia, tal como habían preconizado las directivas europeas e internacionales.

En abril de 1992 se organizó el primer coloquio francés sobre la salud en la prisión bajo el auspicio del Ministerio de Justicia, y un año más tarde el Alto Comisionado de la Salud Pública presentó un informe sobre el estado de salud de las personas encarceladas en general, y en particular sobre los estragos que el SIDA producía en las prisiones. El 18 de enero de 1994 se aprobó la ley 94-43 Relativa a la Salud Pública y a la Protección Social, reglamentada mediante decreto de aplicación 94-929 del 27 de octubre de 1994 y circular del 8 de diciembre de 1994 relativa al cuidado sanitario de los detenidos y a su protección social.

La mencionada ley tiene por objeto trasladar al Ministerio de Salud el cuidado sanitario de los detenidos y extender a la población penal el beneficio de la protección social.

Así, según su art. 2, “el servicio público hospitalario debe brindar, en las condiciones fijadas por vía reglamentaria, exámenes de diagnóstico y cuidados a los detenidos, en el medio penitenciario y, cuando sea necesario, en una institución hospitalaria. Dicho servicio participa, en las mencionadas condiciones, en las acciones de prevención y educación para la salud organizadas en los establecimientos penitenciarios”. Dado que la nueva ley confía los cuidados médicos y la prevención en general al servicio público hospitalario, la reforma requiere la inscripción de todos los detenidos en la Seguridad Social. En la actualidad los condenados “están afiliados obligatoriamente a los seguros por enfermedad y maternidad del régimen general, a partir de la fecha de su encarcelamiento”.

Esta reforma reconoce implícita pero definitivamente el fracaso de la medicina penitenciaria debido a la carencia de recursos que deriva de decisiones más políticas que jurídicas.

La ley en análisis crea una salud pública única para el medio carcelario y para el civil, y hace al Ministerio de Salud directamente responsable por las acciones sanitarias del personal hospitalario con base en un protocolo de acuerdo que vincula a cada prisión con el hospital más próximo el cual participa, en diversos grados y formas, del cuidado de las poblaciones carcelarias.

A través de la contractualización de las relaciones entre el hospital y la cárcel se dispuso, por un lado, la organización de consultorios especializados en el seno de las enfermerías penitenciarias y, por otro, la hospitalización de los detenidos enfermos en servicios apropiados de los centros hospitalarios.

Sin embargo, la reforma se ha enfrentado a diversos problemas de aplicación.

Por un lado, la implementación de las nuevas medidas plantea serios problemas presupuestarios, que se agravan en los casos de las cárceles más antiguas. Las modificaciones estructurales de los edificios y la organización de consultorios especializados en prisión requieren grandes erogaciones, y la hospitalización de los detenidos en los centros hospitalarios no sólo exige aplicar medidas de seguridad reforzadas en dichos nosocomios sino también contar con personal especializado para acompañar al recluso y para controlarlo en el exterior de la cárcel. Estos problemas han generado grandes dificultades en cuanto a la calidad y continuidad de los tratamientos.

Además, el SIDA ha puesto en evidencia el considerable déficit del medio carcelario, el cual está particularmente mal equipado para hacer frente a factores agravantes del riesgo como la toxicomanía y la homosexualidad. La enorme incidencia del virus en las cárceles -que es 10 veces superior a la de la población en general- requiere tomar decisiones prácticas que plantean delicados problemas sociales, morales o políticos. Por ejemplo, en virtud de lo dispuesto por una circular del 5 de diciembre de 1996, se han puesto a disposición de los internos preservativos y agua de Javel diluida a 12° para desinfectar las agujas de los toxicómanos.

Por su parte, la superpoblación carcelaria inevitablemente arruina todos los esfuerzos sanitarios al deteriorar las medidas preventivas de higiene, tratamiento y asistencia a los enfermos.

Finalmente, si bien en principio parece existir consenso en cuanto a la liberación anticipada o indulto presidencial de los detenidos “condenados por la enfermedad”, a fin de permitirles terminar su vida con dignidad y libertad, lo cierto es que en la práctica estos reclusos son liberados apenas algunos días antes de morir, en un estado físico y mental que no les permite una liberación espiritual. Es decir, se desea liberarlos pero no se sabe cuánto tiempo antes de la “fecha previsible de la muerte”.

Según la fórmula de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, “la salud no sólo es la inexistencia de enfermedades o dolencias sino un estado completo de bienestar físico, mental y social”, que indudablemente resulta más difícil de lograr en prisión que en libertad. De acuerdo a un informe de la Inspección General de Cuestiones Sanitarias, 1/5 de los prisioneros requiere tratamiento siquiátrico.

Hace mucho tiempo que se ha proclamado enfáticamente que el derecho a la asistencia reconocido a todo hombre no se detiene en el umbral de la prisión: el prisionero tiene derecho a la salud y a ser cuidado como cualquier otro ser humano enfermo. Y allá donde el sistema penitenciario ha fracasado, la salud pública no tiene derecho al error. Una sola salud pública para todos es un paso adelante para quien pasa de la prisión al hospital, es un paso que va de “vigilar y castigar” a “vigilar y cuidar”.

OLIVE, Agnes, “Le SIDA en prison (ou le bilan de la santé publique en milieu carcéral)”, en *Revue Pénitentiaire et de Droit Penal*, ed. Cujas, París, n° 3-4, 1998, pp. 310/319.

TEXTOS ESCOGIDOS

DERECHOS HUMANOS. MENORES (INTERNACIONAL).

1. La teoría de las generaciones de derechos

La tarea de combatir la pobreza de los niños se ha visto particularmente dificultada por quienes se adhieren a la históricamente anacrónica teoría de las generaciones de derechos (civiles y políticos; económicos, sociales y culturales; y al desarrollo y medioambiente), que pone demasiado énfasis en la diferencia entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los civiles y políticos, al tiempo que presta muy poca atención a sus similitudes y simbiosis. Además, esta tesis afirma que los derechos civiles y políticos deben implementarse inmediatamente, mientras que los económicos, sociales y culturales sólo progresivamente, reforzando el mito de que sólo aquéllos son primarios y fundamentales, y dando fundamento

para que muchos Estados, como India, Irlanda y España, los incluyan en la sección justiciable de sus constituciones nacionales, mientras que reconocen a los derechos económicos y sociales sólo como principios directivos.

Lo cierto es que, en términos del derecho de los tratados, los derechos económicos, sociales y culturales de los niños son tan fundamentales que no permiten su no implementación, ni tan siquiera en tiempos de emergencia en que se encuentre en peligro la subsistencia de la nación.

Los redactores de la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención) deliberadamente quisieron eliminar esta cadena generacional, y a esos efectos incluyeron diferentes criterios de clasificación, basados en la presunción de que, para proteger los derechos de los niños, es necesario adoptar un enfoque holístico que facilite la promoción, explicación y asimilación del tratado tanto por parte de los niños como de los adultos, obligación que la Convención expresamente impone a los gobiernos.

Uno de dichos criterios es el de las cuatro “pes”: participación, prevención, provisión y protección, funciones todas que resultan igualmente necesarias. Si bien en alguna medida la prevención y la protección parecen superponerse, es importante mantener esta distinción a fin de que este rol preventivo quede más claro en las mentes de las autoridades de aplicación.

La prevención debe ser primaria, secundaria y terciaria. La primaria se refiere a la elaboración e implementación de políticas y prácticas dirigidas a toda la población infantil y requiere la respuesta coordinada de varias agencias gubernamentales. La total implementación de la Convención es uno de los métodos de prevención primaria.

La prevención secundaria busca identificar a los niños “en riesgo” a fin de establecer programas que reduzcan su riesgo de pobreza. Un ejemplo es el programa implementado en 1996 entre la *Garmen Bangladesh Exporters’ and Employers Association*, la OIT y UNICEF, tendiente a terminar con los contratos de trabajos de menores de 14 años y a que no se suscriban otros nuevos; a derivar a los menores hasta entonces contratados a programas educativos apropiados con un estipendio mensual, y a otorgar esos puestos de trabajos a miembros adultos de sus familias. Este programa no aspiró a terminar con el empleo de niños en la industria de la indumentaria, sino a destacar la necesidad de un sistema de apoyo que permitiera que aquéllos asistieran al colegio y que ayudara a las familias en el proceso de discontinuar por etapas el trabajo de los niños en esta industria.

La situación de los niños que viven y/o trabajan en la calle resulta compleja. Estos chicos consideran que el colegio es algo importante pero fuera de su alcance, en parte por la debilidad general del sistema educativo -que no se adecua a los chicos de bajos recursos- o por la indiferencia y desdén sociales hacia este grupo. Los derechos reconocidos en la Convención se centran en los niños en general y en los grupos específicos de menores que merecen asistencia. En el estado brasileño de Goiás se establecieron Programas Educativos Comunes dirigidos a niños de entre 12 y 18 años cuyos ingresos familiares se encuentran

por debajo del nivel de pobreza, que tengan algún trabajo y que se encuentren retrasados o hayan abandonado el colegio. Estos Programas les brindan educación a través de talleres y cursos de reinserción en el sistema escolar, y se basan en el principio de “la educación para y a través del trabajo”. Los ingresos que generan los talleres se depositan en una cuenta común de los niños, administrada en forma conjunta por éstos y la Administración del Programa, la cual busca activamente la participación de los padres y de la comunidad para crear una red de contención para los menores urbanos explotados que facilite su recuperación y reintegración social.

La Convención busca minimizar el estrés y frustración que la lucha constante por la supervivencia genera en la población urbana marginada, y que a veces da lugar al abuso, obligando a los Estados Partes a establecer programas sociales para brindar apoyo no sólo al niño, sino también a quienes lo cuidan, de forma que, cuando sea posible, aquél permanezca con su familia. En este espíritu, la *Undugu Society of Kenia* brinda educación sexual a las niñas de entre 12 y 15 años, administra colegios para los chicos que se ganan la vida recogiendo basura, y fija una jornada escolar de sólo medio día para permitir que los niños se sigan ganando la vida.

La Convención considera que la prensa debe jugar un rol para impedir el abuso de los derechos de los niños (art. 17). Sin embargo, en algunos Estados la descripción periodística de los chicos que viven y trabajan en las calles contribuye a la existencia de prejuicios en su contra. Sin interferir en la libertad de expresión de los medios, los Estados deben brindar a todos los niños información tendiente a promover su bienestar.

Los derechos de participación de los niños, particularmente sus derechos a la libertad de expresión, de asociación y de reunión, también han sido importantes para proteger los derechos de los pobres. En 1985, se creó en Brasil el Movimiento Nacional de los Niños de la Calle, que celebró su primer congreso con la asistencia de más de 500 chicos que trabajaban o vivían en las calles, atrayendo gran atención de la prensa, y en el cual los niños formularon claras denuncias contra la Fundación Estatal para el Bienestar de los Menores, y contra la violencia institucional y policial contra ellos. El Movimiento dio a los niños una mejor imagen pública, y en consecuencia se propusieron dos enmiendas constitucionales, inspiradas en la Convención, que pasaron a constituir el capítulo de los Derechos de los Niños y Adolescentes 1988 de la Constitución brasilera.

El art. 7 de la Convención exige a los Estados la inscripción de los niños inmediatamente después de su nacimiento, y tiene naturaleza tutelar. La importancia de esta inscripción a veces es minimizada pero lo cierto es que, junto con el derecho a la vida, es el primer derecho que tienen los niños. En algunos Estados, los chicos que carecen de una partida de nacimiento no pueden aspirar a recibir educación, alimentación complementaria o acceso a los servicios de salud. Por otra parte, dicha inscripción permite aplicar las leyes laborales relativas a la edad mínima e informa al Estado sobre el número y la edad de sus ciudadanos menores de edad, información indispensable para elaborar y planificar en forma

efectiva las políticas económicas y sociales aplicables a los niños. La inscripción de nacimientos debe ser estimulada, particularmente en áreas de analfabetización o donde es necesario cubrir grandes distancias para cumplir con esta exigencia. En Bangladesh, se está experimentando la emisión de certificados que no sólo son resistentes al agua e indestructibles, sino que también son atractivos. En Angola, se han organizado unidades móviles de inscripción.

El art. 24 de la Convención obliga a los Estados a brindar a los chicos un ambiente limpio. Los niños pobres urbanos son los más expuestos a los riesgos en la geografía desigualitaria de nuestras ciudades, ya que viven en viviendas sucias, superpobladas y riesgosas, y juegan en lugares inadecuados y a veces peligrosos.

El art. 22 de la Declaración Mundial sobre Supervivencia, Protección y Desarrollo del Niño se refiere expresamente a la participación de los niños y, si bien no tiene efecto vinculante, se relaciona con una faceta del derecho de los niños a la libertad de expresión reconocido por la Convención. Por ejemplo, en 1993, en *Minors Oposa v. Factoran* (G.R. N° 101083), la Suprema Corte de Filipinas encontró que el grupo de niños apelante, representado por la Red Ecológica Filipina, tenía legitimación para promover una acción de clase por derecho propio y en nombre de las futuras generaciones, con base en la responsabilidad inter-generacional en el derecho a tener una ecología saludable y equilibrada.

Todos los derechos reconocidos en la Convención resultan esenciales para los niños pobres, pero algunos de ellos resultan más directamente importantes. Ciento noventa y un Estados están obligados, en virtud de lo dispuesto por el art. 27 de la Convención, a reconocer a todo niño el derecho a un estándar de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Los padres, o quienes estén a cargo del menor, tienen la responsabilidad primaria de asegurar, conforme a sus posibilidades y recursos económicos, las condiciones de vida necesarias para su desarrollo. Sin embargo, esta norma exige que los Estados adopten medidas apropiadas para ayudar a los responsables del niño en la implementación de este derecho y que, en casos de necesidad, brinden asistencia material y programas de apoyo, particularmente en materia de alimentación, vestido y vivienda. Además, el art. 24 les exige combatir la enfermedad y la malnutrición mediante la provisión de alimentos nutritivos adecuados y agua potable.

Todo esto se vincula con el principio de no discriminación. La discriminación de los menores no sólo existe cuando se distingue entre adultos y niños, sino también entre diferentes grupos de niños. Los grupos de niños que viven en las fronteras entre las zonas rurales y urbanas son *de facto* y de no siempre *de iure* discriminados en el goce de sus derechos económicos y sociales. En relación a los menores, el derecho internacional se ha concentrado más en la discriminación incluida en la legislación que en la que resulta de las políticas económicas del gobierno, pero ello no es una limitación intrínseca del derecho internacional, y en verdad indica la posibilidad de usar dicho régimen legal para contrarrestar esa desigualdad económica. La Corte Internacional de Justicia observó que “debe haber

igualdad de hecho así como igualdad jurídica ostensible...” (*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*); en otras palabras, debe adoptarse un criterio sustantivo de igualdad y no uno simplemente formalista. La Convención, en su art. 2.1, prohíbe la discriminación basada en “el origen social” y el “estatus”, concepto este último que debería definirse de forma que incluya el estatus económico y social diferente, como el que tiene un chico que vive en una villa miseria o en la calle ya que, de lo contrario, derechos tales como el derecho a la educación pasan a ser huecos e irrisorios. El criterio sustantivo de igualdad autoriza a brindar una acción afirmativa a los grupos de niños socialmente desamparados y a sus familias.

2. Mejorar el progreso

Se ha puesto un énfasis semántico indebidamente restrictivo en el concepto de implementación progresiva, que da lugar a una disimulada preservación del estatus con base exclusiva en decisiones anteriores, en lugar de usar constructivamente un criterio teleológico de derechos humanos.

La Convención exige que los Estados implementen los derechos de los niños mediante el “máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional” (art. 4). Sin embargo, no se deja a la discrecionalidad ilimitada del Estado la determinación de qué constituye una implementación progresiva, sino que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales notó que las expresiones “progresivamente”, o “realización a lo largo del tiempo”, “no deben ser mal interpretadas de modo de quitar a esta obligación todo contenido sustancial” (Comentario General 3), sino que “imponen una obligación de actuar tan rápidamente como sea posible...”. Empero, el Comité todavía no ha definido esta flexibilidad. Aun cuando no cuenten con recursos adecuados, los 137 Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales siguen estando obligados a “asegurar el goce más amplio posible de los derechos relevantes...” (Comentario General 3). Esto incluye la elaboración de estrategias y programas para su promoción.

Según el art. 4 de la Convención, el Estado debe implementar estos derechos hasta el máximo de los recursos disponibles “con independencia del modelo económico adoptado por el Estado Parte” (Informe sobre la 4ta. Sesión del Comité sobre los Derechos del Niño). En efecto, este Comité urge a la adopción de políticas económicas que den prioridad a los niños. La Convención ha cambiado el énfasis que previamente se ponía en el criterio de los beneficios históricos -originado en las *English Poor Laws*-, trasladándolo al derecho del niño a tener una participación equitativa en los recursos del país. La Convención brinda una ideología para la intervención estatal. El problema no reside en la necesidad de hacer erogaciones “sino en que la aplicación de estos derechos requiere una decisión sobre la forma en que se gasta”.

Sin embargo, a veces, para los gobiernos resulta demasiado fácil alegar que cuentan con recursos inadecuados. El progreso exigido está vinculado a recursos, y con demasiada

frecuencia éstos se definen muy restrictivamente, incluyendo sólo a los directamente económicos, y no a los humanos y organizativos.

3. Justiciabilidad adecuada

Si bien ninguna norma internacional puede, por sí sola, hacer desaparecer la pobreza, esto no significa que los elementos constitutivos de la pobreza no sean justiciables. Se ha prestado muy poca atención a quienes no tienen iguales oportunidades para hacer valer sus derechos. El derecho internacional humanitario tiene, verdaderamente, un gran potencial para reducir la pobreza infantil global. La Declaración Mundial sobre Supervivencia, Protección y Desarrollo de los Niños reconoció que ya se cuenta con el conocimiento y las técnicas necesarias para lograr la mayor parte de esos objetivos.

Incluso, si bien los jueces más solidarios se sienten abrumados cuando se enfrentan a cuestiones económicas y sociales complejas, los tribunales nacionales podrían desarrollar estándares como el formulado por el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño, que deja de lado la invocación gubernamental de la carencia de recursos, y evalúa el grado de implementación de los derechos de los niños en cada Estado en términos de su real disponibilidad de recursos.

Cuando los niños viven en villas miseria urbanas, el concepto de “degradante” pierde su significado a menos que se aplique a las condiciones en que viven. Sin embargo, la jurisprudencia internacional no ha hecho un aporte a estos efectos, ya que, por ejemplo, sólo interpreta la noción de “degradante”, incorporada al art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en términos de las relaciones entre personas y no como una resultante directa de situaciones, particularmente de la extrema pobreza. En consecuencia, se puede reputar degradante el castigo corporal mientras que no se reconoce la justiciabilidad de la situación de desamparo de un niño (*homelessness*). El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha adoptado un criterio similar al interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta línea de la jurisprudencia internacional ha tenido un importante impacto en la jurisprudencia nacional, como surge con evidencia al analizar la influencia que la jurisprudencia regional sobre derechos civiles y políticos ha tenido en el desarrollo de estos derechos en los tribunales nacionales.

A fin de combatir la pobreza infantil, los tribunales deben brindar soluciones constructivas e imaginativas. Ese activismo judicial debe considerarse complementario y no sustitutivo de la posibilidad de que los niños participen por sí mismos en la toma de decisiones. El recurso a las normas tradicionales relativas al debido proceso y a la revisión judicial resultan absolutamente insuficiente e incluso perjudicial, porque genera la impresión y la expectativa de constituir un remedio efectivo pese a no tener un efecto positivo en la distribución estratégica de recursos, dado que retrotrae al tribunal a la cuestión procesal en lugar de poner el foco en la obligación positiva del Estado de proveer recursos suficientes. El Comité de Derechos Humanos ha manifestado que un Estado no está obligado a aprobar

normas de seguridad social, pero sí a conformar las que dicte la Convención.

4. Un Poder Judicial con visión

En los Estados en los que la pobreza infantil es endémica o creciente, como India, los procesos de acción social resultan necesarios dado que cuando las libertades se encuentran atrofiadas y el activismo pasa a ser esencial para lograr una justicia pública participativa, es necesario asumir algunos riesgos.

En India hay mucha pobreza tanto urbana como rural. Los niños huyen de la pobreza rural sólo para encontrarse formando parte de los pobres urbanos. Los jueces indios están reformulando su rol para poder combatir la pobreza infantil. En los casos en que están comprometidos derechos económicos y sociales, la Suprema Corte de la India ha creado remedios y vías imaginativas para implementarlos, pese a la circunstancia de que, conforme a la Constitución de India, la mayor parte de tales derechos están consagrados en Principios Directivos y no constituyen derechos estrictamente operativos.

El primer requisito para aplicar la ley con el fin de combatir la pobreza, es tener un Poder Judicial con capacidad de respuesta y tribunales accesibles; esto último, por su parte, exige adoptar un concepto amplio de legitimación, ya que de lo contrario los jueces seguirán aislados de la extensión y gravedad de la pobreza. La Suprema Corte de la India trata a las cartas y telegramas que recibe como peticiones y actúa en consecuencia (Constitución de la India, pt. III, art. 32), lo cual permite que tanto los niños como las organizaciones que defienden sus derechos le planteen casos. Tal como ha observado este Tribunal, para los sectores más vulnerables de la sociedad “es necesario apartarse del proceso contradictorio y elaborar un nuevo procedimiento... y crear nuevas herramientas, formular nuevos métodos y adoptar nuevas estrategias” (*Morcha v. Union of India* -1984-).

La explotación del trabajo infantil es un fenómeno tanto urbano como rural, pero el factor común en todos los casos es la pobreza. En *Mehta v. State of Tanil Nadu* (1996), la Suprema Corte de la India admitió que dicho Estado es Parte de la Convención, que prohíbe la explotación económica de menores y que, luego de su ratificación, los sucesivos gobiernos indios infructuosamente adoptaron medidas legislativas y ejecutivas para erradicar dicha explotación. La Corte sostuvo que era entonces necesario cumplir la intención del legislador de la *Child Labor (Prohibition and Regulation) Act* de 1986, e impuso a los inspectores gubernamentales la obligación de asegurar que los trabajadores menores recibieran educación obligatoria, reconociendo así el valor de la educación para prevenir y combatir la explotación económica, pero también admitiendo que la erradicación del trabajo de menores seguiría siendo quimérica a menos que se encuentre un ingreso alternativo para las familias de esos niños. Entonces, decidió que todo empleador que violara la ley debía depositar 20.000 rupias en un fondo especialmente creado por la Corte -el *Child Rehabilitation-cum-Welfare Fund*- que se utilizaría en beneficio del niño. Para impedir la evasión, dispuso que el empleador seguiría siendo responsable aunque terminara inmediatamente la relación laboral con el

menor. Reconociendo realísticamente que el depósito de ese dinero sería insuficiente para disuadir a las familias de buscar trabajo para sus hijos, la Corte pidió al Estado que intentara que los puestos de trabajo de los menores fueran ocupados por un miembro adulto de sus familias. No ordenó al Estado que encontrara esos puestos de trabajo, porque reconoció la enorme cantidad de niños que trabaja en India, pero impuso al gobierno estadual la obligación de depositar 5.000 rupias al nuevo fondo cuando no lograra cumplir con dicha carga. De este modo, la Corte creó un incentivo para que todos los gobiernos estaduales indios adoptaran medidas efectivas. Tal como manifestó uno de sus miembros en el caso *Azad Rickshaw Pullers Union v. Punjab* (1981), “establecer prohibiciones negativas sin brindar esquemas de apoyo, puede ser un remedio que agrava la enfermedad... El liderazgo judicial tendiente a lograr este objetivo constituye un método mejor para lograr la justicia social, que una adjudicación deshumanizada basada en la legislación”.

Los niños pobres quedan atrapados en el sistema de justicia infantil no sólo por cometer hurto famélico sino también por vagancia, que son delitos de estatus para los niños desamparados. *Sheela Barse v. Union of India* fue un caso promovido en India por una asistente social y periodista *free-lance* preocupada por las consternantes condiciones de las cárceles de menores. La peticionante pidió allí la liberación de los niños menores de 16 años que estaban en las cárceles del país; la provisión de información sobre los niños detenidos y sobre la existencia de tribunales de menores, hogares y escuelas; el dictado de una orden que exigiera que los niños fueran cuidados adecuadamente, y que el *State Legal Aid* designara asesores adecuados para garantizar la protección jurídica de los menores.

La Suprema Corte, en este caso, adoptó un criterio radical y constructivo, ya que amplió su jurisdicción de forma de aplicar no sólo las leyes vigentes sino también las que estaban por entrar en vigencia. Ordenó al Poder Ejecutivo del Estado de Orissa la inmediata promulgación de normas que se habían postergado durante 4 años; además, exigió a todos los Estados que aún no habían comenzado a aplicar las normas tutelares de los niños, la presentación de declaraciones juradas sobre los motivos de la demora. También obligó a los *State Legal Aid Boards* a brindar asesoramiento jurídico a los niños que estaban en prisión preventiva; y a todos los jueces a visitar las cárceles de su jurisdicción al menos cada dos meses; a analizar, en dicha oportunidad, la situación de los niños detenidos, y a llamar la atención de su tribunal de alzada y de la administración sobre las condiciones de las cárceles. Asimismo, ordenó al Director General de la Radio Toda India hacer publicidad pidiendo la cooperación de las organizaciones no gubernamentales y de los servicios sociales para la reintegración y recuperación de los chicos, los cuales no debían estar en la cárcel sino recibir un tratamiento médico y entrenamiento adecuados. Por otra parte, manifestó que era “deseable” contar con una legislación nacional en la materia.

Además, dio un nuevo concepto al rol del litigante, y alabó a la peticionante por realizar un “verdadero servicio social” al plantearle la cuestión, autorizándola a visitar las cárceles, reformatorios y todos los institutos de menores del país, afirmando que “no debe

ser considerada un adversario, dado que voluntariamente realiza lo que debería haber hecho el Estado”. La Corte consideró que la peticionante la ayudaba a cumplir con su misión de proteger los derechos de los niños.

Existen también casos jurisprudenciales que indirectamente contribuyen a la prevención de la pobreza infantil. En *Minors Oposa* (cit.), la Suprema Corte de Filipinas decidió que cuando “los menores” invocaron su derecho a un ambiente saludable, al mismo tiempo cumplieron con su obligación de asegurar la protección de ese derecho para las futuras generaciones, el cual, en Filipinas, tiene jerarquía constitucional (Constitución de Filipinas, art. II, Sec. 4, art. IV), a diferencia del derecho a una ecología equilibrada y saludable que está consagrado en la Declaración de Principios y Políticas del Estado. La Corte se negó a considerar que estaba debilitando el concepto de justiciabilidad, y observó que “el derecho [a un ambiente saludable] tiene una naturaleza diferente de la de otros derechos por cuanto se refiere nada menos que a la auto-preservación y a la auto-perpetuación... y por lo tanto su promoción se ha intentado incluso antes de que existieran todos los gobiernos y constituciones”, y no tiene que estar expresamente reconocido para que la Corte tenga la obligación de considerarlo.

En Sudáfrica, en el caso *Hugo -v. investigaciones 3* (1997), p. 400-, el Tribunal Constitucional declaró válido un decreto del Presidente Mandela que ordenaba la remisión de las condenas de todas las madres que estaban en prisión al 10 de mayo de 1994 con niños menores de 12 años. En otras palabras, en lugar de mantener a los niños en prisión junto a sus madres o fuera de los penales sin ellas, juzgó que el mejor interés del menor residía en que las madres fueran liberadas. El criterio adoptado por Sudáfrica se compadece con los principios incorporados en el primer tratado regional de los derechos del niño, a saber, la Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño, que es el único que contiene un artículo especial (art. 30) sobre los hijos de las madres que están en prisión. Dicha norma obliga a los Estados “a brindar un trato especial a las madres embarazadas y a las madres de niños pequeños y menores...” a partir del momento en que se acusa penalmente a una mujer embarazada, y a asegurar que “se va a considerar, en primer lugar, la imposición de una sentencia que no incluya cárcel”, de forma de que la madre y el niño puedan continuar la vida familiar. El art. 30(d) dispone categóricamente que “una madre no será encarcelada junto con su hijo”. Sus redactores quisieron asegurar que ninguna madre iba a ser condenada a prisión cuando ello deje a su hijo sin otra opción que quedarse en la cárcel con ella, imponiendo al Estado la obligación de encontrar alguna alternativa para alojar a las madres y a sus hijos. Tal como afirma la citada Carta Africana, “el objetivo esencial del sistema penitenciario” es la “integración de la madre a la familia y a la rehabilitación social” y esto no puede lograrse si las madres están en prisión (art. 30.f). El Tribunal Constitucional, al confirmar la validez del decreto de Mandela, tomó en cuenta que la liberación de las madres ayudaría a prevenir el abandono y la pobreza de los niños cuyas madres estaban en prisión. Sin embargo, esa jurisprudencia es aislada y esas sentencias que tienen en cuenta el contexto no constituyen,

lamentablemente, un fenómeno global.

Los procesos de acción social de la India han ayudado a inspirar una reforma legislativa y un pensamiento innovador y creativo en dicho país, sin que ello signifique que este objetivo de combatir la pobreza no plantee problemas dado que, para algunos, la Suprema Corte violó la doctrina de la división de poderes, pese a que ésta exige que los poderes estén separados, pero no indica dónde trazar la línea.

La Suprema Corte de la India ha demostrado que es posible superar los obstáculos procesales con imaginación y deseo de reparar graves desigualdades. Empero, existen allí importantes problemas que demoran y obstaculizan la implementación de las sentencias judiciales, principalmente causados por la carencia de infraestructura y de voluntad política. En Estados que no tienen estos problemas estructurales, el potencial que el activismo judicial tiene para combatir la pobreza urbana infantil es enorme.

En forma similar, en los Estados en los cuales los derechos económicos y sociales de los niños son exigibles y no son sólo principios directivos, los tribunales nacionales podrían determinar si un Estado ha violado su obligación de implementar el derecho de los niños a la salud mediante el uso de los índices que miden el grado de implementación de la esencia mínima (*minimum core*) de cada uno de estos derechos. Este criterio de la esencia mínima brinda determinación y certeza a los derechos económicos y sociales.

Aun sin poder usar esos índices o el criterio de esencia mínima, la Suprema Corte de la India ha demostrado que es posible replantear la relación entre tribunales e instituciones políticas a fin de colaborar en la implementación de los derechos económicos y sociales de los niños pobres en los procesos judiciales. De algún modo, la Corte ha desarrollado un criterio amplio para la acción afirmativa en el goce de estos derechos. Sentarse y confiar en las declaraciones constitucionales y de derechos humanos relativas a la igualdad no resulta suficiente cuando se mira la situación desde la perspectiva de los niños que viven en las villas miseria.

5. Abogados compasivos.

La responsabilidad de que exista un sistema jurídico abierto y accesible que pueda ayudar a prevenir y combatir la pobreza infantil recae en los jueces pero también en los abogados, a quienes los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Rol de los Abogados de 1985, exigen “promover la causa de la justicia” para “intentar confirmar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas por el derecho nacional e internacional”. La justicia incluye la justicia social.

Estos principios rara vez se enseñan en las facultades de derecho, y por lo tanto la educación y entrenamiento de los abogados no sólo debe valerse de los medios tradicionales sino también del aporte de los grupos comunitarios y organizaciones no gubernamentales, a las cuales hay que alentar a trabajar con los colegios locales de abogados para estimular a estos profesionales a trabajar *ad honorem* en las áreas económica, social y cultural. Los

abogados deben estar preparados no sólo para defender a los niños, sino también para ser físicamente accesibles para los chicos pobres y para sus familias, en forma organizada a nivel nacional y no *ad hoc*.

6. Parlamentos nacionales

Ninguna política es neutral en relación a los niños. La determinación de cuánto le costaría a un Estado implementar plenamente la Convención no sólo es imposible de realizar, sino también inútil. Más apropiado resulta analizar qué costo paga al Estado por ignorar los derechos de los niños.

Una y otra vez los redactores de la Convención y el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño han destacado el criterio holístico adoptado en dicho instrumento, demostrando que todos los derechos están interrelacionados. Sin embargo, si bien la tesis holística de los derechos humanos resulta atractiva como estrategia para combatir la pobreza, lo cierto es que puede asustar a gobiernos que genuinamente tienen pocos recursos y, dada la amplitud de estos derechos, resultar abrumadora incluso para el gobierno más comprometido socialmente.

Por lo tanto, los gobiernos se sienten tentados a poner en la mira a ciertos grupos y a sujetar la posibilidad de que éstos gocen de algunos beneficios a las conclusiones de los tests de recursos (*means tests*). Esta actitud, sin embargo, tiene desventajas ya que, por ejemplo, las familias de bajos ingresos pueden encontrar gravoso cumplir con los trámites necesarios para pasar estos tests. En Zimbabwe, las familias de bajos ingresos tienen que seguir varios procesos que consumen mucho tiempo para estar exentas del pago de los servicios de educación y salud. Si bien el art. 16 de la Convención dispone que los niños tienen derecho al respeto de su privacidad, los sometidos a dichos tests sufren una pérdida de su privacidad y de su autoestima.

En el Reino Unido, desde 1988, se ha negado asistencia social a los menores de 16 a 17 años, y esto ha tenido un impacto directo en el aumento del número de niños sin hogar. En cambio, en 1987, luego del Año Internacional para un Techo para las Personas que no tienen Vivienda, Finlandia reconoció la necesidad de ayudar a los jóvenes que se encuentran en esas condiciones, y estableció un programa habitacional para adolescentes que carecen de hogares, cerca de “familias de apoyo” que los ayudan estando al tanto de sus vidas. El criterio de la Convención es que los programas de asistencia generales son preferibles a los selectivos, porque los niños como un todo son el futuro de la sociedad y aumentan la cohesión social.

Diferentes niveles de desarrollo requieren respuestas diferentes. Los parlamentos nacionales, después de acordar una amplia y efectiva participación pública que incluya a los niños, deben elaborar un marco para la implementación de los derechos de los niños que sea programático, progresivo, y que establezca prioridades. La realización de estos derechos debe concentrarse en la integración social y en la igualdad, con un particular énfasis en la

protección de los grupos vulnerables.

Los gobiernos pueden valerse de las obligaciones que les imponen los tratados para defender sus programas tendientes a combatir la pobreza. El Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales declaró que “cada Estado tiene una obligación esencial mínima de asegurar la satisfacción de, al menos, un nivel mínimo esencial de cada uno de los derechos” (Comentario General 3 sobre el art. 2.1). Por lo tanto, más de 130 Estados están obligados a cumplir con las exigencias esenciales mínimas para todos y cada uno de los niños. El antedicho Comité agregó que “un Estado Parte en el cual una cantidad importante de personas carece de alimentos o servicios de salud esenciales, o de un techo o vivienda básica, o de las formas más básicas de educación está, *prima facie*, dejando de cumplir con las obligaciones que le impone el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

El mínimo esencial se refiere al nivel mínimo aceptable -la médula central- de todos y cada uno de los derechos. Cabe entonces preguntarse cuál es el mínimo gasto que puede esperarse de un Estado. UNICEF y otras agencias han promovido la iniciativa 20/20, que pide a los gobiernos de los Estados donantes o en vías de desarrollo que asignen el 20 % de su presupuesto nacional al desarrollo humano y servicios básicos, y el 20 % de su presupuesto de asistencia al desarrollo social. Con ello, el mínimo va subiendo progresivamente y esto puede controlarse mediante la aplicación de los índices que miden la implementación de los derechos de los niños.

Los parlamentos nacionales también pueden aprobar un presupuesto anual para los niños, susceptible de ser preparado y debatido del mismo modo que las otras partes del presupuesto nacional. La *Commonwealth Agenda for Action for Children*, adoptada en Dhaka, Bangladesh, en mayo de 1998, y que es el proyecto más reciente relativo a los niños, incluye esta propuesta. Dicho presupuesto debe tomar en cuenta costos indirectos tales como la implementación del principio de no discriminación de las niñas en la educación. La realización de este tipo de presupuesto es un índice del compromiso del Estado, y confronta ambición y esperanza con recursos, eficiencia e igualdad.

Un presupuesto anual para los niños también resulta sumamente valioso para planear un Programa Nacional de Acción para los Niños. La implementación de estos Programas fue recomendada en la Declaración de la Cumbre Mundial para los Niños. El párrafo 34 del Plan de Acción para Implementar dicha Declaración Mundial establece, con algún detalle, el contenido de dichos Programas, convirtiéndolos así en instrumentos valiosos para la planificación económica y social estratégica. Por ejemplo, en los Programas de Namibia y Zimbabwe se menciona la reducción de los gastos en armamento.

Los Programas y, en verdad, la completa implementación de la propia Convención brindan un marco para la cooperación interdepartamental, que se concentra en los derechos del niño más que en las necesidades de un determinado departamento gubernamental. En Sudáfrica, el *NPA Steering Committee* debe presentar informes anuales al Gabinete sobre los

progresos realizados a nivel nacional y dentro de cada una de las nueve provincias. También se estableció el *NPA Monitoring Task Group* con el fin de desarrollar un marco para controlar el progreso en la implementación de los derechos de los niños previstos en la Convención.

Resulta asimismo necesario que los gobiernos establezcan procedimientos para asegurar que toda nueva norma sea compatible con la Convención. Este es un prerequisite para que los Estados Partes cumplan con su obligación internacional de implementar efectivamente los derechos que emanan de la Convención.

Para combatir la pobreza infantil, los parlamentos nacionales también deben brindar un fuerte apoyo a la creación y buen funcionamiento de organismos cuasi-judiciales, como el ombudsman, y asegurar el acceso a aquéllos por parte de los niños y sus familias. El Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ha pedido el establecimiento de un Ombudsman de los Niños.

7. Conclusión.

Si bien los derechos humanos requieren justicia económica y social, lo cierto es que no se ha aprovechado todo el potencial del derecho internacional humanitario para combatir la pobreza. A algunos gobiernos les ha resultado demasiado fácil invocar la falta de recursos mientras aumentan sus gastos de defensa. Empero, esta situación lentamente está cambiando dado que la protección de los derechos humanos constituye una poderosa alternativa.

A menos que se crea que toda la pobreza infantil está natural o divinamente ordenada, toda o una parte de ella es obra del hombre y, por lo tanto, susceptible de ser reparada por el hombre. La Convención brinda una oportunidad para desarrollar una filosofía y una política coherente para los niños empobrecidos.

A los ojos de la Convención, los niños no son un problema: son una solución.

VAN BUEREN, Geraldine, "Combating Child Poverty - Human Rights Approaches", en *Human Rights Quarterly*, ed. The Johns Hopkins University Press, Maryland, 1999, vol. 21, n° 3, p. 680.

DOCUMENTOS

CODIGO DE DEONTOLOGIA MEDICA, ITALIA, aprobado por la Federación Nacional de las Ordenes Médicas, el 3 de octubre de 1998 (*Revista italiana de medicina legal*, Milán, 1999, n° 2, p. 547).

CONVENCION CIVIL SOBRE LA CORRUPCION, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 9 de septiembre de 1999, y abierta a la firma el 4 de noviembre de 1999 (*Gazette. Cahier Comité des Ministres*, Estrasburgo, 1999, n° 10, noviembre, p. 3).

CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE SECUESTRO DE BUQUES, 1999, Ginebra, 12 de marzo de 1999 (*Uniform law review / Revue de droit uniforme*, Roma, 1999, n° 3, p. 716).

CONVENIO DE COOPERACION CULTURAL SUSCRITO CON LA REPUBLICA DEL PARAGUAY EL 25 DE OCTUBRE DE 1996, aprobado por ley 25.215 (B.O., 30-12-1999, p. 1).

DECRETO N° 99-925 DEL 2 DE NOVIEMBRE DE 1999 RELATIVO A LA RECEPCION DEL EMBRION Y MIFICATORIO DEL CODIGO DE SALUD PUBLICA, FRANCIA (*Recueil Le Dalloz*, París, 1999, n° 42, p. 479).

DECRETO-LEY N° 194 RELATIVO A LAS INFRACCIONES SOBRE LA TENENCIA Y OPERACIONES DE EMBARCACIONES EN EL TERRITORIO NACIONAL, CUBA (*Gaceta oficial de la República de Cuba*, La Habana, 1999, p. 33).

DECRETO-LEY N° 195 SOBRE EL REGLAMENTO PARA EL PROCESO DE SELECCION Y ELECCION DE JUECES LEGOS DE LOS TRIBUNALES POPULARES, CUBA (*Gaceta oficial de la República de Cuba*, La Habana, 1999, p. 841).

LEY N° 42 DEL 26 DE FEBRERO DE 1999 SOBRE DISPOSICIONES EN MATERIA DE

PROFESIONES SANITARIAS, ITALIA (*Revista italiana de medicina legal*, Milán, 1999, n° 2, p. 617).

LEY N° 91 DEL 1° DE ABRIL DE 1999 SOBRE DISPOSICIONES EN MATERIA DE ABLACIONES Y DE TRANSPLANTES DE ORGANOS Y DE TEJIDOS, ITALIA (*Revista italiana de medicina legal*, Milán, 1999, n° 2, p. 619).

PROTOCOLO DE 1999 MODIFICATORIO DE LA CONVENCION RELATIVA AL TRANSPORTE INTERNACIONAL FERROVIARIO (COTIF) DEL 8 DE MAYO DE 1980, Vilnius, 3 de junio de 1999 (*Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, Roma, 1999, n° 3, p. 732).

RECOMENDACION 1430 (1999) RELATIVA AL ACCESO A LA INFORMACION, PARTICIPACION DEL PUBLICO EN EL PROCESO DE DECISION Y ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA DE MEDIOAMBIENTE, Consejo de Europa, adoptada por la Comisión permanente, actuando en nombre de la Asamblea, el 4 de noviembre de 1999 (*Gazette. Cahier Asssemblée parlementaire*, Estrasburgo, 1999, n° 7, p. 5).

TEXTO DEL PROYECTO PRELIMINAR DE CONVENCION UNIDROIT RELATIVO A LOS INTERESES INTERNACIONALES SOBRE EQUIPAMIENTO MOVIL, Roma, 1-12 de febrero de 1999 (*Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, Roma, 1999, n° 2, p. 478).

TEXTO DEL PROYECTO PRELIMINAR DE PROTOCOLO AL PROYECTO PRELIMINAR DE CONVENCION UNIDROIT RELATIVO A LOS INTERESES INTERNACIONALES SOBRE EQUIPAMIENTO MOVIL EN MATERIA ESPECIFICA DE EQUIPAMIENTO AERONAUTICO, Roma, 1-12 de febrero de 1999 (*Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, Roma, 1999, n° 2, p. 518).

NOTICIAS

ASILO. REFUGIADOS. REAGRUPAMIENTO FAMILIAR. PROTECCIÓN INTERNACIONAL (CONSEJO DE EUROPA).

El 15 de diciembre de 1999, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, en ejercicio de las atribuciones que le acuerda el art. 15.b del Estatuto del Consejo, adoptó su Recomendación n° R (99) 23 en la cual dispone que:

1. Los Estados miembros que reciben a refugiados y a otras personas que necesitan protección internacional y que no tienen otro país más allá de aquel que les acordó asilo o protección para llevar una vida familiar normal, deben promover el reagrupamiento familiar mediante medidas apropiadas, teniendo en cuenta la jurisprudencia pertinente de la Corte Europea de Derechos Humanos.

2. Los miembros de la familia del refugiado o de otra persona que necesita de la protección internacional aludida en esta Recomendación son el cónyuge y los hijos menores que están a su cargo; y, conforme a la legislación o a la práctica nacional, los otros miembros de la familia.

3. Los derechos y privilegios que los Estados miembros acuerden a los miembros de las familias que ingresan con el fin de lograr el reagrupamiento familiar deben, como principio, ser los mismos que los acordados al miembro de su familia que tiene la calidad de refugiado o de otra persona que necesita la protección internacional.

4. Los Estados miembros deben tratar los pedidos de reagrupamiento familiar formulados por los refugiados y por otras personas que necesitan protección internacional con un espíritu positivo, humanidad y diligencia. Para verificar la existencia de vínculos familiares, deben basarse, en primer término, en los documentos disponibles, acompañados por el peticionante, por las organizaciones humanitarias competentes u obtenidos de algún otro modo. La ausencia de tales documentos no debe ser considerada *per se* un obstáculo a dichos pedidos y los Estados miembros deben invitar a los peticionantes a aportar otros elementos de prueba que acrediten la existencia de vínculos familiares. Cuando se rechacen las solicitudes de reagrupamiento familiar formuladas por estas personas, debiera ponerse a su disposición un proceso de apelación independiente e imparcial de dichas decisiones.

5. Los Estados miembros deben brindar una atención particular a los pedidos de reagrupamiento familiar formulados por personas que resultan vulnerables a consecuencia de la situación en que se encuentran. En particular, en los casos de menores no acompañados, los Estados deben cooperar con el niño o con sus representantes a fin de buscar a los miembros de la familia de ese menor no acompañado.

6. Los Estados miembros deben facilitar el trabajo de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y de otras instituciones activas en el área humanitaria a fin de promover el reagrupamiento familiar de los refugiados y de otras personas que necesitan de la protección internacional.

COMITE DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación n° R (99) 23, del 15-12-1999, en *Gazette. Cahier Comité des Ministres*, Consejo de Europa, Estrasburgo, diciembre de 1999, n° 11, p. 3.

BIENES CULTURALES. PROTECCIÓN (UNESCO).

El 26 de marzo de 1999, en La Haya, la UNESCO adoptó el II Protocolo relativo a la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflictos Armados.

Textes des instruments de droit uniforme, "Instruments internationaux récemment adoptés", en *Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, ed. Kluwer Law International, Roma, vol. IV, 1999-1, p. 113.

BLOQUEO ECONOMICO. GENOCIDIO (CUBA).

El 13 de septiembre de 1999, la Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba resolvió:

1) Que el bloqueo económico de Estados Unidos contra Cuba constituye un crimen internacional de genocidio conforme a lo definido en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948.

2) Que a partir de los argumentos expuestos y la declaración anterior, proclama el derecho de Cuba a reclamar que tales hechos sean sancionados.

3) Que por haberse llevado a cabo un grave, sistemático y continuado genocidio durante cuarenta años contra el pueblo de Cuba, de acuerdo a las normas, principios, convenios y leyes internacionales corresponde a los tribunales cubanos juzgar y sancionar, en presencia o en ausencia, a los culpables.

4) Que los actos de genocidio y otros crímenes de guerra no prescriben.

5) Que los culpables pueden ser sancionados hasta con la pena de cadena perpetua.

6) Que la responsabilidad penal no exime al estado agresor de la indemnización material por el daño humano y económico que haya ocasionado.

7) Que demanda de la comunidad internacional su apoyo a esta lucha por defender los principios más elementales de justicia, del derecho a la vida la paz y la libertad de todos los pueblos.

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR DE LA REPÚBLICA DE CUBA, sesión del 13-9-1999, en *Gaceta Oficial*, La Habana, 23-9-1999, p. 1001.

CARTA SOCIAL EUROPEA. VIOLACIÓN. RECLAMOS COLECTIVOS (CONSEJO DE EUROPA).

El 1 de julio de 1998 entró en vigencia el Protocolo que establece un sistema de reclamos colectivos en el ámbito de la Carta Social Europea, y el Comité de Expertos Independientes recibió el primer reclamo que denuncia una violación de Portugal al art. 7.1 de la Carta (edad mínima de admisión a un empleo). El reclamo fue formulado por la Comisión Internacional de Juristas, una de las 43 ONG europeas legitimadas a esos efectos.

CONSEJO DE EUROPA, Actividad en materia de Derechos Humanos, en *Bulletin d'information sur les droits de l'homme*, Estrasburgo, n° 45, noviembre 1998/febrero 1999, p. 35.

DAÑOS NUCLEARES. RESPONSABILIDAD CIVIL (INTERNACIONAL).

El 13 de mayo de 1999 entró en vigencia el Protocolo Adicional de 1963 relativo a la Resolución Obligatoria de Diferendos de la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares.

Implementation of Uniform Law Instruments, "Current Events", en *Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, ed. Kluwer Law International, Roma, vol. IV, 1999-3, p. 744.

DERECHO AERONAUTICO. RESPONSABILIDAD POR DAÑO (INTERNACIONAL).

El 3 de octubre de 1999 entró en vigencia el Protocolo de 1978 modificadorio de la Convención sobre Daños Causados por Aeronaves Extranjeras a Terceros que están en la Superficie.

Implementation of Uniform Law Instruments, "Current Events", en *Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, ed. Kluwer Law International, Roma, vol. IV, 1999-3, p. 744.

DERECHO AMBIENTAL. RECURSOS NATURALES. EXPLOTACIÓN (NACIONES UNIDAS-ISLAS SALOMÓN).

El Comité toma nota de que la mayor parte de los recursos naturales del país son explotados por empresas extranjeras que pagan pocos impuestos al gobierno y que, al llevarse al extranjero la mayor parte de las ganancias, dejan muy pocos beneficios en las Islas Salomón. Además, la gama de medidas macroeconómicas que el gobierno puede adoptar se ve muy reducida por las obligaciones del servicio de la deuda del Estado Parte respecto del Banco Asiático de Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Naciones Unidas), “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Islas Salomón”, en *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto - Estados que no han presentado informes*, Consejo Económico y Social, E/C.12/1/Add.33, 14-5-1999, punto 10.

DERECHO MARITIMO. SECUESTRO DE BUQUES (NACIONES UNIDAS-ASOCIACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL).

El 12 de marzo de 1999, en Ginebra, las Naciones Unidas y la Asociación Marítima Internacional adoptaron la Convención Internacional de 1999 sobre Secuestro de Buques.

Textes des instruments de droit uniforme, "Instruments internationaux récemment adoptés", en *Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, ed. Kluwer Law International, Roma, vol. IV, 1999-3, p. 716.

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. INDIGENAS. RESTITUCIÓN DE TIERRAS. **POBREZA.** PLAN DE EMERGENCIA. **INMIGRANTES. DERECHO A LA VIVIENDA. DERECHO A LA SALUD. DERECHO DEL TRABAJO.** SEGURIDAD E HIGIENE LABORAL. SIDA. **DERECHOS HUMANOS.** EDUCACIÓN. **ECONOMIA.** POLÍTICA DE AJUSTE. **TRABAJADORES.** DESEMPLEO. CONTRATO “EVENTUAL”. **MUJERES. DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN LABORAL. MORTALIDAD MATERNA. VIOLENCIA DOMÉSTICA. **MENORES.** NIÑOS DE LA CALLE (NACIONES UNIDAS-ARGENTINA).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité), examinó el segundo informe periódico de la Argentina (E/1990/6/Add.16) en sus sesiones 33°, 34°, 35° y 36°, celebradas los días 17, 18 y 19 de noviembre, y aprobó, en su 52° sesión, del 1 de diciembre de 1999, las observaciones finales que siguen a continuación:

1. Introducción

1.1. El Comité celebra el segundo informe periódico presentado por la Argentina y las respuestas presentadas por escrito a la lista de cuestiones del Comité (E/C.12/Q/ARG/1), así como el diálogo constructivo que tuvo lugar entre sus miembros y la delegación del Estado Parte. A pesar de ello, el Comité lamenta el retraso con que el Estado Parte presentó sus respuestas escritas a la lista de cuestiones, lo que impidió que se tradujeran a tiempo y que todos los miembros del Comité pudieran utilizarlas a cabalidad.

1.2. El Comité ha examinado con interés el informe escrito de la Argentina, que contiene importante información de carácter jurídico, pero observa la falta de información concreta para evaluar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en el país.

2. Aspectos positivos

2.1. El Comité toma nota con satisfacción del art. 75 de la Constitución de 1994 que dispone la restitución a los pueblos indígenas de algunas de sus tierras tradicionales. También celebra la restitución de grandes extensiones de esas tierras.

2.2. También toma nota con satisfacción del plan de emergencia establecido para ayudar a las personas que viven por debajo del umbral de pobreza.

2.3. El Comité acoge con beneplácito la información de que el Estado Parte ha firmado acuerdos de inmigración con Bolivia y el Perú con el fin de regularizar la situación de los nacionales de estos países en la Argentina.

2.4. El Comité toma nota de la aplicación parcial del plan del Gobierno para facilitar la adquisición de viviendas a los ocupantes ilegales de inmuebles de propiedad pública, dándoles la posibilidad de comprar los terrenos que ocupan con tasas de interés preferenciales.

2.5. Toma nota con satisfacción de que el programa de salud pública ha encontrado una cura al mal de chagas, como lo ha reconocido la Organización Mundial de la Salud.

2.6. El Comité acoge con satisfacción la noticia de que se pueden tomar cursos de derechos humanos en todos los niveles de enseñanza.

3. Factores y dificultades que obstaculizan la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto)

3.1. El Comité reconoce las dificultades que ha tenido la economía argentina en los últimos cuatro años. El Gobierno ha logrado estabilizar la moneda, pero la ejecución del programa de ajuste estructural ha menoscabado el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular en el caso de los grupos desfavorecidos.

4. Principales motivos de preocupación

4.1. Al Comité le inquietan las seis comunidades mapuches que, pese a que han conseguido que se reconozcan sus derechos a algunas de sus tierras tradicionales en la zona de Pulmari, aún no han recibido los títulos de propiedad. También le inquieta la situación del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuya ratificación el Congreso Nacional aprobó en 1989 sin que se haya procedido a ella.

4.2. Preocupa al Comité la altísima tasa de desempleo en la Argentina (casi el 15%) y en particular la gran cantidad de nuevos pobres, que son quienes tradicionalmente constituían las clases medias.

4.3. Preocupa particularmente al Comité el gran número de trabajadores del sector no estructurado de la economía. Según las propias estimaciones del Gobierno, aproximadamente el 37% de los trabajadores urbanos no están registrados, lo que significa que sobre 3 millones de trabajadores carecen de seguridad social.

4.4. También preocupa al Comité que las prestaciones de desempleo sólo beneficien a un 6% de los desempleados y excluyan a algunas categorías de trabajadores, como el servicio doméstico y los obreros de la construcción en las zonas rurales y los empleados públicos.

4.5. El Comité observa con preocupación las condiciones laborales de los trabajadores con contrato “eventual”, como se los denomina en la Argentina, ya que las medidas adoptadas para promover la creación de empleos no han garantizado sus derechos económicos, sociales y culturales, particularmente en tiempos de creciente desempleo.

4.6. El Comité toma nota con preocupación de que el Estado Parte ha efectuado reformas legislativas que tienden a aumentar la precariedad de la relación laboral, como lo demuestran la concertación de convenios colectivos que cercenan las normas de trabajo lícito (capítulo III de la Ley N° 24.467), el aumento del período de prueba estipulado en los contratos de trabajo y la generalización de los contratos de limitada duración.

4.7. El Comité observa con inquietud que de hecho se discrimina a la mujer, particularmente en materia de empleo e igualdad de remuneración.

4.8. El Comité observa asimismo con preocupación la amplitud del programa del Gobierno de privatización de las pensiones, en particular el art. 16 de la Ley N° 24.463, que le permite reducir e incluso, llegado el caso, no pagar las pensiones invocando dificultades económicas.

4.9. El Comité ha tropezado con dificultades para evaluar los programas gubernamentales de capacitación profesional y las repercusiones de estos programas por falta de datos estadísticos suficientemente amplios.

4.10. Le preocupa la falta de vivienda en la Argentina y las iniciativas públicas, a este respecto, han sido inadecuadas.

4.11. El comité reitera su preocupación por el alto grado de ocupación ilícita de

edificios, sobre todo en Buenos Aires, y por las circunstancias en que se producen los desahucios.

4.12. Le inquieta la privatización de las inspecciones laborales y los sistemas de vigilancia y nota que las campañas públicas no son una buena alternativa para la inspección eficiente a cargo de la autoridad pública. Al Comité también le preocupa que a menudo las condiciones de trabajo, en especial en la construcción, no reúnan las normas establecidas.

4.13. El Comité está preocupado porque en el Estado Parte no se ejerce plenamente el derecho a la salud. Le preocupan en especial las condiciones en los hospitales públicos en general y en los hospitales psiquiátricos en particular.

4.14. El Comité está preocupado por la salud de las mujeres embarazadas, en especial por la tasa de mortalidad materna relativamente alta y las elevadas cifras de embarazo en la adolescencia.

4.15. El Comité también toma nota con preocupación del número cada vez mayor de casos de violencia contra la mujer, en particular violencia doméstica.

4.16. El Comité observa que el Estado Parte ha venido ejecutando desde hace diez años un programa para hacer frente a la cuestión de los niños de la calle, sobre todo en Buenos Aires. Sigue preocupado, sin embargo, porque no se han abordado debidamente los problemas fundamentales, puesto que el número de esos niños ha seguido aumentando.

5. Sugerencias y recomendaciones

5.1. El Comité sugiere que el Estado Parte tome medidas institucionales, en la administración pública, para garantizar que se tengan en cuenta las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, desde un principio, al formular políticas nacionales sobre cuestiones como la vivienda, la salud y la educación.

5.2. El Comité también recomienda que el Estado Parte, en sus negociaciones con las instituciones monetarias internacionales, tenga en cuenta sus obligaciones en virtud del Pacto de respetar, proteger y poner en ejecución todos los derechos consagrados en el Pacto.

5.3. El comité recomienda que el Estado Parte ratifique el Convenio N° 169 de la OIT de acuerdo con la aprobación del Congreso Nacional de 1989 y que encuentre una solución que haga justicia a los derechos de las comunidades mapuches en la región de Pulmari.

5.4. También se insta al Gobierno a adoptar medidas más eficaces para disminuir el paro. Además, debe asegurar que se respeten los derechos económicos, sociales y culturales de los trabajadores con contrato eventual.

5.5. El Comité recomienda que el Estado Parte pase revista a su legislación en lo que respecta a las disposiciones de los convenios colectivos que tienen consecuencias negativas, como la prolongación del período de prueba estipulado en los contratos de trabajo o la limitación de la duración de éstos, y se cerciore de que se ajusta a lo dispuesto en los arts. 6 y 7 del Pacto.

5.6. El Comité pide que el Gobierno de la Argentina adopte medidas para garantizar la igualdad de hecho y de derecho entre el hombre y la mujer en lo que respecta al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

5.7. El Comité exhorta al Estado Parte a asegurar que el régimen de seguridad social garantice al trabajador una pensión mínima adecuada que no deberá ser ni cercenada ni aplazada unilateralmente, especialmente en tiempos de crisis económica. En consecuencia, recomienda que el Estado Parte derogue el art. 16 de la Ley N° 24.463, del 31 de marzo de 1995, para garantizar el pago completo de todas las pensiones.

5.8. El Comité recomienda que se evalúen los programas públicos de formación profesional y que se le faciliten datos estadísticos para que pueda evaluar las políticas oficiales pertinentes.

5.9. El Comité recomienda que el Estado Parte prosiga e incremente sus iniciativas para superar la escasez de vivienda y que le facilite en su próximo informe periódico datos estadísticos completos sobre la situación de la vivienda en el país.

5.10. El Comité también recomienda que el Estado Parte prosiga su política de entregar títulos a quien esté en posesión de una vivienda. El Comité también recomienda que con carácter prioritario se revisen los procedimientos en vigor para el desalojo de ocupantes ilícitos. El Comité vuelve a poner en conocimiento del Gobierno el texto íntegro de sus Observaciones Generales Nos. 4 (1991) y 7 (1997) sobre el derecho a una vivienda adecuada y le exhorta a asegurar que la política, las leyes y la práctica tomen debidamente en cuenta ambas observaciones.

5.11. El Comité insta al Gobierno a mejorar la eficacia de las medidas que ha tomado en la esfera de la seguridad y la higiene en el trabajo, en particular en la construcción, a hacer más para mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad ambientales e industriales, y a asegurar que la autoridad pública vigile e inspeccione las condiciones de higiene y seguridad industriales.

5.12. El Comité insta al Estado Parte a que examine sus políticas de salud y, en particular, a que preste atención a las cuestiones de salud mental, mortalidad materna, embarazos en la adolescencia y VIH/SIDA, y a que le facilite datos estadísticos suficientemente amplios en su próximo informe periódico.

5.13. El Comité insta al Estado Parte a intensificar su lucha contra el problema de la violencia contra la mujer, en particular la violencia doméstica.

5.14. El Comité recomienda que el Estado Parte tome medidas para combatir el problema de los niños de la calle y haga frente a sus causas fundamentales.

5.15. El Comité recomienda que en el tercer informe periódico el Estado Parte aborde las preocupaciones expresadas en las presentes observaciones finales, así como las cuestiones planteadas durante el examen del segundo informe periódico que no fueron tratadas, entre ellas, la garantía de las pensiones y la seguridad social.

5.16. El Comité pide que el Estado Parte dé una amplia difusión nacional a las

presentes observaciones finales y que en su tercer informe periódico, que deberá presentar el 30 de junio de 2001, le informe de todas las medidas adoptadas para ponerlas en ejecución.

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Naciones Unidas), “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Argentina”, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto*, Consejo Económico y Social, E/C.12/1/Add.38, 8-12-1999.

DERECHOS HUMANOS. DERECHO AL DESARROLLO. POLÍTICA ECONÓMICA. DEUDA EXTERNA. **SANCIONES INTERNACIONALES** (NACIONES UNIDAS).

La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos pidió a todos los gobiernos y foros que se ocupan de las políticas económicas que, al formular políticas económicas internacionales, tengan plenamente en cuenta las obligaciones y principios internacionales de derechos humanos; y a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, que incluya en su programa de trabajo, especialmente en el contexto de la preparación del décimo período de sesiones de la Conferencia y en relación con el tema “Estrategias de desarrollo en un mundo cada vez más independiente: aprovechar la experiencia del pasado para que la mundialización sea un instrumento efectivo del desarrollo de todos los países y todos los pueblos”, un examen específico de la manera de incorporar los principios de derechos humanos en el proceso de formulación de políticas comerciales internacionales.

Asimismo, la mencionada Subcomisión declaró que las sanciones y las condiciones negativas, que directa o indirectamente afectan al comercio, no son maneras apropiadas de promover la integración de los derechos humanos en las políticas y prácticas económicas internacionales.

Nota de la Secretaría: sobre el tema, v. “Consecuencias de las políticas de ajuste económico originadas por la deuda externa en el goce efectivo de los derechos humanos y, especialmente, en la aplicación de la Declaración sobre el derecho al desarrollo”, en *Comisión de Derechos Humanos. Informe sobre el 55° período de sesiones (22 de marzo a 30 de abril de 1999)*, Consejo Económico y Social. Documentos oficiales, 1999, E/CN.4/1999/167, pp. 103/106.

SUBCOMISION DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), “Liberalización del comercio y sus consecuencias para los derechos humanos”, en *Informe de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos sobre su 51° Período de Sesiones* (Ginebra 2 a 27 de agosto de 1999), Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/1999/54, 10-11-1999, pp. 74/76.

DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS. PROYECTO DE CONVENCION INTERNACIONAL (NACIONES UNIDAS).

La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos instó a la Comisión de Derechos Humanos a que examine, con carácter prioritario, el proyecto de convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, habida cuenta de la naturaleza y la intensidad del sufrimiento de los desaparecidos y de sus familiares y amigos.

SUBCOMISION DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), “Reservas formuladas a los tratados de derechos humanos”, en *Informe de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos sobre su 51º Período de Sesiones* (Ginebra 2 a 27 de agosto de 1999), Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/1999/54, 10-11-1999, pp. 68/69.

DERECHOS HUMANOS. TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. RESERVAS (NACIONES UNIDAS).

La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos alentó a los Estados a ratificar, sin reservas, los tratados de derechos humanos y, a los Estados que los hayan ratificado con reservas, a que las retiren lo antes posible.

SUBCOMISION DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), “Proyecto de convención internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, en *Informe de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos sobre su 51º Período de Sesiones* (Ginebra 2 a 27 de agosto de 1999), Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/1999/54, 10-11-1999, pp. 71/73.

INICIATIVA POPULAR (NICARAGUA).

El Poder Legislativo de la República de Nicaragua dictó la ley 269 que regula el ejercicio del derecho de los ciudadanos para presentar iniciativas de leyes, de acuerdo con el art. 140.4 de la Constitución Política (art. 1).

El mencionado derecho es concedido a todos los ciudadanos que no tengan

suspendidos sus derechos, de conformidad con el art. 47 de la Constitución Política (art. 2), y excluye de la iniciativa a las siguientes leyes: orgánicas, tributarias, de carácter internacional, de amnistía e indultos, de presupuesto general de la República, de rango constitucional, electoral, de emergencia y de amparo (art. 3).

La iniciativa debe reunir los siguientes requisitos: estar suscripta por un mínimo de cinco mil ciudadanos (cuyas firmas deberán ser autenticadas por Notario Público) y la constitución de una Comité Promotor de al menos once personas. Asimismo, el escrito de presentación contendrá la exposición de motivos y el articulado de la iniciativa, y la explicación razonada de las necesidades de que ésta sea aprobada (art. 4). Una vez presentada, la iniciativa será tramitada de acuerdo con el procedimiento establecido por la Constitución y demás disposiciones legales (art.7).

ASAMBLEA NACIONAL DE NICARAGUA, “Ley de Iniciativa Ciudadana de Leyes”, 31-10-1997, en *Boletín Judicial*, Managua, 1997, p. 224.

INTERNET. REGULACIÓN DE SU CONTENIDO (AUSTRALIA).

El 28 de junio de 1999 el Parlamento de Australia aprobó la *Broadcasting Services Amendment Act*, la cual establece un amplio sistema de clasificación del contenido de los servicios informáticos y del Internet. Las nuevas reglas, que entrarán en vigencia el 1 de enero del 2000, encargan a la *Australian Broadcasting Authority (ABA)* el control del material ofensivo que se recibe a través de los servicios informáticos. Una Comisión Nacional de Calificación dictará pautas para distinguir entre el material sexual explícito (identificado con una "X") y el que no merece calificación (denominado RC). La ley otorga facultades a la ABA para formular advertencias a los proveedores de estos servicios y para bloquear la transmisión de dicho material dentro de las 24 horas de recibir la denuncia formulada por un consumidor a través de una red de líneas de emergencia. También establece una escala de sanciones contra los proveedores de servicios que violen las advertencias de la ABA o las normas jurídicas aplicables.

COMMONWEALTH DE AUSTRALIA, Ministerio de Comunicaciones, Tecnología y Artes, Internet.

MENORES. TRABAJO DE MENORES. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ABOLICIÓN INMEDIATA DE LAS PEORES FORMAS DE TRABAJO DE MENORES DE 1999 (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL

TRABAJO).

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reunida en Ginebra en junio de 1999, consideró necesario adoptar nuevos instrumentos tendientes a prohibir y eliminar efectivamente las peores formas de trabajo de menores para complementar la Convención y la Recomendación relativas a la Edad Mínima de Admisión al Empleo, de 1973, que constituyen los instrumentos fundamentales que buscan la abolición total del trabajo de menores. Juzgó que la satisfacción de este objetivo requiere una acción conjunta inmediata que tome en cuenta la importancia de una educación de base y la necesidad de sacar a los niños de esos puestos de trabajo y de asegurar su readaptación y su reinserción social.

A este efecto, recordó la Convención relativa a los Derechos del Niño adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración de Copenhague sobre el Desarrollo Social y el Programa de Acción de la Cumbre Mundial para el Desarrollo Social de 1995, y la Declaración y el Programa de Acción de Beijing, adoptados por la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en 1995. Destacó que algunas de las peores formas de trabajo de menores están alcanzadas por otros instrumentos internacionales, particularmente por la Convención sobre Trabajos Forzados de 1930, y por la Convención Complementaria de las Naciones Unidas relativa a la Abolición de la Esclavitud, Tráfico de Esclavos e Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956. Recordó, además, las disposiciones pertinentes de la Convención sobre la Inspección del Trabajo de 1947, de la Convención y de la Recomendación sobre la Valoración de los Recursos Humanos de 1975, así como de la Declaración sobre la Igualdad de Oportunidades y de Tratamiento de los Trabajadores, adoptada en 1975 por la Conferencia Internacional del Trabajo.

Decidió, entonces, la adopción de varias propuestas relativas al trabajo de menores bajo la forma de un instrumento denominado Convención Internacional sobre la Abolición Inmediata de las Peores Formas de Trabajo de Menores de 1999.

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Convención Internacional sobre la Abolición Inmediata de las Peores Formas de Trabajo de Menores*, adoptada por la Conferencia General el 1-6-1999, en: http://www.ilo.org/public/spanish/comp/child/standards/ilo_conv/conv.htm.

PENA DE MUERTE (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-REINO UNIDO-LITUANIA-BULGARIA).

El Protocolo n° 6 a la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe la

pena de muerte, fue ratificado por el Reino Unido, Lituania y Bulgaria, el 20 de mayo, 8 de julio y 29 de septiembre de 1999, respectivamente.

Nota de la Secretaría: a la fecha de la presente publicación, de los 41 Estados que integran el Consejo de Europa, no suscribieron el Protocolo Albania y Turquía, y no lo ratificaron Georgia, Polonia, Rusia y Ucrania.

"Signatures and Ratifications", en *European Human Rights Law Review*, ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1999, nros. 4, p. 394; 5, p. 461; y 6, p. 563.

PENA DE MUERTE. ABOLICIÓN (CONSEJO DE EUROPA).

La abolición universal de la pena de muerte ha vuelto a preconizarse en la segunda Cumbre del Consejo de Europa, insistiéndose, ahora, en la prioridad de mantener moratorias sobre las ejecuciones a consolidar más tarde con la abolición definitiva. En este sentido se ha manifestado el Comité de Ministros en la respuesta dada a las Recomendaciones 1246 (1994) y 1302 (1996) de la Asamblea, sobre la abolición de la pena de muerte.

TORRES UGENA, Nila, "Crónica del Comité de Ministros del Consejo de Europa (enero-abril, abril-junio de 1998)", en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, segundo cuatrimestre 1998, n° 44, p. 176.

PODER JUDICIAL (IBEROAMÉRICA).

La Segunda Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia se celebró en Caracas entre el 24 y 26 de marzo de 1999, con el objetivo de evaluar el cumplimiento de las políticas y acciones contenidas en la Declaración de Caracas de marzo de 1998, en relación con las materias de organización judicial, corrupción, narcotráfico y derechos humanos. Además de los países de América Latina y el Caribe, participaron, en calidad de miembros, delegados de España y Portugal.

Entre las principales conclusiones de esta Cumbre, plasmadas en la Segunda Declaración de Caracas, se encuentran las siguientes:

1. Los Presidentes de Cortes Supremas se comprometieron a gestionar la incorporación de normas constitucionales que prevean una participación importante del presupuesto judicial en el presupuesto nacional de sus países y a que se garantice autonomía plena para su planificación y ejecución.

2. Se ratificó la necesidad de elaborar un estudio sobre los mecanismos de selección de jueces y de estabilidad judicial. Se reconoció que la responsabilidad que conlleva impartir justicia merece *per se* rigurosos mecanismos de vigilancia que contribuyan a asegurar la garantía de independencia de los jueces en materia del contenido de las sentencias. La capacitación judicial debe realizarse a través de organismos especiales que incorporen los valores éticos propios de la función de juez.

3. Se declaró que los magistrados y funcionarios judiciales deben actuar de acuerdo a principios éticos tales como: buscar justicia y equidad en sus decisiones, guiados por la verdad jurídica objetiva; defender la independencia del Poder Judicial y los valores del estado democrático de derecho; actuar con imparcialidad y transparencia; mantener la igualdad de las partes en el proceso; velar por la calidad de sus decisiones así como por la celeridad y economía procesal en el trámite de las causas.

4. Las sentencias de las Cortes y Tribunales nacionales atenderán a lo preceptuado en los instrumentos de protección de los derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se facilitará el intercambio de jurisprudencia nacional e interamericana sobre derechos humanos y se impulsará la aplicación efectiva de las reglas del debido proceso preceptuados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5. Se impulsará el desarrollo de un instrumento general para combatir el narcotráfico y unificar los sistemas procesales nacionales. Se establecerá una Red Iberoamericana de Cortes y Tribunales Supremos que permita el intercambio de información sobre casos que trasciendan el ámbito nacional. Se propone el desarrollo de un instructivo que contemple las medidas y mecanismos para lograr la efectiva protección de jueces y magistrados iberoamericanos que conozcan de casos de narcotráfico.

JUSTICIA. Organismo informativo del Poder Judicial de Nicaragua, Managua, 1999, n° 18, p. 43.

RESPONSABILIDAD MEDICA. DERECHOS DEL PACIENTE. CONSENTIMIENTO INFORMADO (FRANCIA).

Se presume *a priori* que toda persona es capaz de recibir información y de prestar un consentimiento "libre e informado" a un acto médico. Corresponde al médico transmitir esa información en forma suficientemente clara y adaptada como para que el paciente pueda ejercer su libertad de juicio o de decisión.

En Francia, es necesario acreditar por escrito la provisión de la información y el consentimiento para los actos de investigación, mientras que no se acostumbra la firma de formularios de consentimiento para los tratamientos.

El Comité Nacional Consultivo de Ética propone estudiar la posibilidad de que cada

persona designe un "representante" para que sea interlocutor de los médicos, en los supuestos en que ella no pueda expresar por sí misma sus elecciones.

Nota de la Secretaría: v. **ROUJOU DE BOUBÉE, Isabelle**, "Recherche biomédicale: qui doit recueillir le consentement du patient?" (nota a fallo de la Cámara de Apelaciones de París, Sala 11° B, del 1-3-96), en *Recueil Dalloz*, París, 1999, n° 39, p. 603; y **THOMAS, Vincent**, "Une clinique est presumée responsable d'une infection contractée dans un salle d'accouchement" (nota a fallo de la Corte de Casación del 16-6-98), en *Recueil Dalloz*, París, 1999, n° 41, p. 65.

COMITE NACIONAL CONSULTIVO DE ETICA DE FRANCIA, 12-6-1998, en *Recueil Dalloz*, París, 1999, n° 38, p. 346.

SIDA. MENORES. RECOMENDACIONES (NACIONES UNIDAS).

Durante el 19° período de sesiones, el Comité de los Derechos del Niños, junto con representantes del ONUSIDA, de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, del Centro François-Xavier Bagnoud para la Salud y los Derechos Humanos, de la Oficina de Derechos del Niño (Reino Unido), del UNICEF y de la Organización Mundial de la Salud, debatieron sobre los niños que viven en los tiempos del SIDA.

Luego del debate, el Comité formuló las siguientes recomendaciones:

a) debería alentarse a los Estados, los programas y organismos del sistema de las Naciones Unidas, y las organizaciones no gubernamentales (ONG), a que adopten una estrategia en materia de VIH/SIDA centrada en los derechos del niño. Los Estados deberían incorporar tales derechos en sus políticas y programas nacionales sobre el VIH/SIDA e incluir las estructuras programáticas relativas a esa epidemia en los mecanismos nacionales de vigilancia y coordinación en materia de derechos del niño.

b) Los Estados deberían adoptar y difundir las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos y garantizar su aplicación en el plano nacional. Los programas y organismos del sistema de las Naciones Unidas, así como las organizaciones no gubernamentales, deberían contribuir a difundir y aplicar las Directrices.

c) Debería reconocerse plenamente el derecho del niño a participar cabal y activamente en la elaboración y aplicación de los programas, estrategias y políticas sobre el VIH/SIDA; crearse un entorno favorable y propicio que permitiera la participación de los niños y que éstos recibieran apoyo en lo tocante a sus propias iniciativas; reconocerse y tenerse en cuenta, en particular, la comprobada eficacia de las estrategias en materia de educación entre compañeros y coetáneos, por su posible contribución a la mitigación de los

efectos de la epidemia del VIH/SIDA. El objetivo fundamental de las políticas en esta materia debería potenciar la capacidad de los niños para protegerse a sí mismos.

d) El acceso a la información como derecho fundamental del niño debería convertirse en el elemento fundamental de las estrategias de prevención del VIH/SIDA. Los Estados deberían revisar la legislación vigente o aprobar nuevas leyes para garantizar el derecho del niño a tener acceso a información sobre el VIH/SIDA, con inclusión de las pruebas voluntarias.

e) Las campañas de información destinadas concretamente a los niños deberían tener en cuenta la diversidad de los grupos destinatarios y organizarse en función de esa diversidad. La información sobre el VIH/SIDA debería adaptarse al contexto social, cultural y económico de que se tratase, y divulgarse por conducto de medios de comunicación y canales de difusión adecuados para las distintas edades. Al seleccionar los grupos destinatarios debería prestarse atención a las necesidades especiales de los niños que son objeto de discriminación o necesitan protección especial. Las estrategias en materia de información deberían evaluarse para determinar su eficacia en cuanto a lograr cambios de actitud. La información relativa a la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención) y las cuestiones relacionadas con el VIH/SIDA, con inclusión de la enseñanza de conocimientos para una vida sana, debería incorporarse a los planes de estudios de las escuelas, e idearse distintas estrategias para transmitir esa información a los niños que no pudieran recibirla por conducto del sistema escolar.

f) Los datos relativos al VIH/SIDA reunidos por los Estados, así como por los programas y organismos del sistema de las Naciones Unidas, deberían basarse en la definición del niño que figura en la Convención (todo ser humano menor de 18 años de edad). Los datos sobre el VIH/SIDA deberían desglosarse por edades y géneros, y reflejar la situación de los niños que viven en distintas condiciones y de los necesitados de protección especial. Esos datos deberían servir de base para elaborar los programas y políticas destinados a atender las necesidades de los distintos grupos de niños.

g) Debería reunirse y divulgarse más información acerca de las mejores prácticas, en particular en lo tocante a las estrategias comunitarias en materia de VIH/SIDA que hayan producido resultados positivos.

h) Deberían hacerse más investigaciones acerca de la transmisión del VIH de la madre al hijo, y en particular los riesgos de la lactancia materna y las alternativas a ésta.

i) En la información destinada a aumentar la forma de conciencia sobre la epidemia debería evitarse la dramatización del VIH/SIDA de un modo que pudiera provocar una mayor estigmatización de las personas afectadas.

j) Los Estados deberían revisar la legislación vigente o aprobar nuevas leyes para aplicar plenamente las disposiciones del artículo 2 de la Convención y, en particular, para prohibir expresamente la discriminación basada en la condición real o supuesta de portador de VIH, y la prueba obligatoria.

k) Debería prestarse urgentemente atención a la forma en que la discriminación contra la mujer provoca un mayor riesgo para las niñas en lo tocante al VIH/SIDA. Estas deberían ser beneficiarias específicas en las esferas del acceso a los servicios, la información y la participación en los programas relativos al VIH/SIDA, y, al planificar las estrategias destinadas a determinadas comunidades, deberían examinarse atentamente los papeles en función del género predominante en cada situación. Los Estados también deberían revisar la legislación vigente o aprobar nuevas leyes para garantizar los derechos sucesorios y la seguridad de tenencia de los niños, sin tener en cuenta su sexo.

l) Las estrategias de prevención y atención sanitaria destinadas a combatir la epidemia deberían centrarse en los niños que necesitan protección especial, como los que viven en instituciones (de asistencia social o centros de detención), los que viven o trabajan en la calle, los que son objeto de explotación sexual o de otro tipo, los que son objeto de abusos sexuales u otras formas de malos tratos o abandono, o los que participan en conflictos armados. En particular, los Estados deberían revisar la legislación vigente o aprobar nuevas leyes para proteger a los niños contra la explotación y el abuso sexuales y garantizar la rehabilitación de las víctimas y el enjuiciamiento de los culpables. Debería prestarse especial atención a la discriminación basada en la orientación sexual, ya que los niños y niñas homosexuales suelen ser objeto de grave discriminación, al tiempo que son un grupo particularmente vulnerable al VIH/SIDA.

m) La atención sanitaria y el cuidado en materia de VIH/SIDA debería concebirse de manera amplia y completa, para que abarcara no sólo el tratamiento médico sino también la atención psicológica y la reinserción social, así como protección y asistencia, incluso de carácter jurídico.

n) Deberían determinarse y eliminarse los obstáculos a la prestación de unos servicios sanitarios con una actitud positiva respecto a los jóvenes y accesibles para éstos. Los Estados deberían revisar la legislación vigente o aprobar nuevas leyes a fin de reglamentar la edad mínima para poder recibir atención y asesoramiento sanitarios y prestaciones sociales. La elaboración de amplias políticas en materia de salud reproductiva de los adolescentes debería basarse en el derecho del niño a recibir información y servicios, incluso los destinados a prevenir las enfermedades de transmisión sexual o el embarazo de las adolescentes.

o) Los Estados deberían revisar la legislación vigente o aprobar nuevas leyes para reconocer los derechos específicos del niño a la vida privada y la confidencialidad en materia de VIH/SIDA, teniendo también en cuenta la necesidad de que los medios de información respeten esos derechos y contribuyan a la vez a divulgar información sobre el tema.

p) Los Estados, los programas y organismos del sistema de las Naciones Unidas, y las organizaciones no gubernamentales deberían estudiar la posibilidad de crear nuevas alianzas que permitieran agrupar a las organizaciones que se dedican a los derechos humanos, tanto las centradas en los niños como las que se ocupan de combatir la epidemia, y cooperar

en la presentación de informes al Comité de los Derechos del Niño.

COMITE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Naciones Unidas), "Debate general sobre los niños que viven en los tiempos del VIH/SIDA", en *Informe sobre el 19º período de sesiones* (Ginebra, 21 de septiembre a 9 de octubre de 1998), Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/C/80, 9-10-1998, pp. 56/69, párrafo 243.

TERRORISMO (CONSEJO DE EUROPA).

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa decidió, mediante Resolución 1132, reunir a legisladores y expertos en el seno de una conferencia a fin de reforzar los sistemas democráticos y cooperar en la lucha contra el terrorismo. En octubre de 1997, dicha iniciativa mereció el apoyo de la Segunda Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno. La Conferencia Parlamentaria sobre "las Democracias Europeas Frente al Terrorismo", organizada por la Comisión de Cuestiones Jurídicas y de Derechos del Hombre se celebró en Estrasburgo entre el 14 y el 16 de octubre de 1998.

El terrorismo en los países miembros del Consejo de Europa reviste diversas formas, pero en todos los casos tiene por objeto minar la democracia, las instituciones parlamentarias y la integridad territorial de los Estados. Representa una amenaza grave para la sociedad democrática porque afecta su trama moral y social, ataca el derecho a la vida y, por lo tanto, debe ser objeto de una condena absoluta.

La Asamblea condena categóricamente los recientes atentados con bombas contra inmuebles civiles de diferentes ciudades rusas y reafirma su convicción de que los actos terroristas carecen de toda justificación; expresa sus condolencias a los amigos y familias de las víctimas de estos actos de barbarie y espera que Rusia pueda superar la amenaza terrorista sin desviarse de los caminos democráticos y someta a la justicia a los criminales responsables de dichos atentados.

La Asamblea considera acto terrorista "todo delito cometido por personas o por grupos, recurriendo a la violencia o a la amenaza de violencia, contra un país, sus instituciones, su población en general o contra personas específicas y que, inspirado por aspiraciones separatistas, concepciones ideológicas extremistas o fanatismo, o por móviles irracionales y subjetivos, tenga por objeto someter a los poderes públicos, a ciertas personas o grupos de la sociedad o, de un modo general, a la opinión pública, a un clima de terror".

El Consejo de Europa y sus Estados miembros deben adoptar medidas concretas para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el terrorismo. Las medidas antiterroristas deben incluir particularmente el intercambio de información sobre las personas acusadas de actos terroristas, su detención y extradición, así como la ruptura de los canales a través de

los cuales los terroristas obtienen armas, explosivos y financiación.

Para prevenir las tensiones de carácter étnico o religioso que pueden dar lugar a fenómenos terroristas, los Estados democráticos deben respetar el pluralismo social y político tomando en cuenta las legítimas aspiraciones de las minorías y el respeto a las características culturales.

Sin embargo, la Asamblea considera que no debe brindarse ningún apoyo, ni siquiera moral, a las organizaciones que pregonan o alientan la violencia como método de resolución de los conflictos políticos, económicos o sociales.

La prevención del terrorismo pasa también por la educación en los valores democráticos y en la tolerancia, suprimiendo la enseñanza de actitudes negativas o de odio para con los otros y desarrollando una cultura de paz entre todas las personas y grupos de la sociedad.

La Asamblea, teniendo en cuenta la vital importancia de la libertad de los medios en una democracia pluralista, reconoce que éstos también deben jugar un rol que conlleve responsabilidades, al rendir cuenta de las acciones terroristas y manteniéndose firmes en su negativa a dejarse usar por el terrorismo.

La Asamblea estima que la lucha contra el terrorismo debe hacerse en el marco del estado de derecho y de respeto a los derechos y libertades fundamentales de las personas y, en consecuencia, considera inoportuno el recurso a normas de excepción.

Dada la importancia del respeto al estado de derecho, para combatir el terrorismo se requiere una cooperación judicial y policial eficaz a escala continental. También considera muy favorable la creación de la Europol, que actualmente está limitada a los 15 Estados miembros de la Comunidad Europea. Por otra parte, dado que el terrorismo no existe sólo en Europa, es importante coordinar las iniciativas europeas con otras internacionales.

Las Convenciones del Consejo de Europa -tanto la Convención Europea para la Represión del Terrorismo de 1977 como la Convención Europea de Extradición de 1957- deberían ser revisadas a luz de la experiencia para hacerlas más eficaces en la lucha contra el terrorismo.

La Convención Europea para la Represión del Terrorismo no alcanza a todas las infracciones penales susceptibles de ser consideradas actos terroristas o de colaboración con ese tipo de actos, y por lo tanto no permite combatir al terrorismo con la eficacia deseable.

La Convención Europea de Extradición debe reformarse para impedir el ejercicio abusivo del derecho de asilo por parte de los terroristas.

Por estas razones, la Asamblea recomendó al Comité de Ministros:

1) revisar la Convención Europea para la Represión del Terrorismo a fin de ampliar la definición de las infracciones penales de naturaleza terrorista de forma que los actos preparatorios y la pertenencia a una asociación, así como la financiación y la ejecución de la logística para cometer ese tipo de actos, también queden alcanzados;

2) considerar actos terroristas no sólo a los ataques contra las personas sino también

a los ataques contra los bienes y los recursos materiales;

3) suprimir el art. 13 de dicha Convención;

4) modificar la Convención Europea de Extradición para definir qué es un delito político y establecer un procedimiento simplificado para la extradición, con medidas que impidan el abuso del derecho de asilo;

5) examinar la posibilidad de instituir un tribunal penal europeo para juzgar, en ciertos supuestos, los crímenes terroristas;

6) considerar el establecimiento, en ciertos casos, de un procedimiento mediante el cual un acusado de actos terroristas pueda ser procesado y juzgado por ese delito en un país distinto de aquél en donde se cometieron;

7) establecer la cooperación con el Comité Especial de las Naciones Unidas para el Terrorismo a fin de elaborar el marco jurídico general para las convenciones sobre el terrorismo internacional;

8) alentar a los Estados miembros a cooperar más estrechamente en el seno de la Interpol, y examinar con la Comunidad Europea la posibilidad de extender la Convención Europol a todos los Estados Miembros del Consejo de Europa y de instituir un mecanismo de control jurisdiccional de Europol;

9) considerar la redacción de un manual de educación cívica para todas las escuelas de Europa a fin de luchar contra la propagación de ideas extremistas, y de predicar la tolerancia y el respeto hacia el otro como base esencial de la vida colectiva;

10) considerar la incorporación del principio de brindar una mayor protección a las víctimas de actos terroristas en el plano nacional e internacional;

11) invitar a los Estados miembros del Consejo de Europa a introducir el principio *aut dedere aut iudicare* (extraditar o juzgar) en sus respectivas legislaciones penales;

12) invitar a los Estados miembros a reforzar la cooperación bilateral entre las autoridades judiciales, servicios de policía y de inteligencia.

ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 1426 (1999), del 23-9-1999, en *Gazette. Cahier Assemblée parlementaire*, Consejo de Europa, Estrasburgo, septiembre de 1999, n° 6, p. 12.

**NOVEDADES BIBLIOGRAFICAS:
A) LIBROS**

ACKERMAN, Bruce, *We the people. Transformations*, Ed.The Belknap Press of Harvard University Press, Londres, 1998, 515 pp.

AGUILERA LUNA, Fernando, *La identificación del delincuente en rueda de reconocimiento y por exhibición fotográfica*, Ed. Plá & Alvarez, Sevilla, 1998, 164 pp.

ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José María (Presidente - Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional) y **GONZALEZ RIVAS, Juan José** (Magistrado - Tercera Sala del Tribunal Supremo), *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, 418 pp.

ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier (Catedrático de Derecho Penal - Universidad de Cantabria), *El derecho al honor y las libertades de información y expresión: algunos aspectos del conflicto entre ellos*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1999, 141 pp.

ALVAREZ MARTINEZ, Joaquín, *La motivación de los actos tributarios*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, 276 pp.

ANGHIE, Antony y **STURGESS, Garry**, *Legal Visions of the 21st. Century: Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*, Ed. Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1998, 791 pp.

ARANDA ALVAREZ, Elviro, *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, 428 pp.

ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo, *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, 337 pp.

AUTEXIER, Christian (Profesor - Universidad de Lille II), *Introduction au droit public allemand*, Ed. PUF, París, 1997, 379 pp.

BACIGALUPO, Enrique (Director), *Curso de Derecho Penal Económico*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 438 pp.

BARRIGA BEDOYA, Franklin, *Importancia de la extradición en el derecho internacional* (aplicación de este procedimiento en casos de narcotráfico y terrorismo), Ed. Grupos de Observadores Latinoamericanos e Instituto Ecuatoriano de Estudios para las Relaciones Internacionales, Quito, 1999, 114 pp.

BARRIGA LOPEZ, Franklin, *Problemas comunes de América*, Ed. Grupo de Observadores Latinoamericanos e Instituto Ecuatoriano de Estudios para las Relaciones Internacionales, Quito, 1999, 207 pp.

BATSELÉ, Didier; DAURMONT, Odile; QUERTAINMONT, Philippe, *Le contentieux de la fonction publique*, Ed. Nemesis, Bruselas, 1992, 357 pp.

BAUER, Julien (Profesor - Universidad de Québec), *Politique et religion*, Ed. PUF, París, 1999, 127 pp.

BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos* (con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo), Ed. Tecnos, Madrid, 1997, 273 pp.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; LANDA ARROYO, César y RUBIO CORREA, Marcial, *Derecho Constitucional General (tomo I)*, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, 558 pp.

BROWNLIE, Ian (Profesor de Derecho Internacional Público - Universidad de Oxford), *The Rule of Law in International Affairs*, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya-Boston-Londres, 1998, 242 pp.

CAPSETA CASTELLA, Joan (Profesor - Universidad Pompeu Fabra), *La cláusula de conciencia periodística*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, 183 pp.

CASAL HERNANDEZ, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, 399 pp.

CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARE, *Etudes de droit japonais*, volúmenes I y II, Ed. Société de Législation Comparée, París, 1999, 582 y 240 pp., respectivamente.

CHUECA SANCHO, Angel G. (Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales - Universidad de Zaragoza), *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Ed. Edigo, Zaragoza, 1998, 125 pp.

COLOMBET, Claude (Profesor - Universidad Panthéon-Sorbonne), *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Ed. Dalloz, París, 1999, 507 pp.

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Derechos Humanos en México. Misión de la CIJ 1999*, Ed. Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1999, 72 pp.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (OEA), *Derechos Humanos. Cómo presentar denuncias en el sistema interamericano*, Ed. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, 21 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Activités du Conseil de l'Europe. Rapport 1998*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 287 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Adopted texts on education for democratic citizenship / Textes adoptés sur l'éducation à la citoyenneté démocratique*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 53 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE, *Documents de séance*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, parte 1 (vols. I y II) y parte 2 (vols III y IV).

CONSEIL DE L'EUROPE, ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE, *Ordres du jour procès-verbaux*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, partes I, II, III y IV, 96, 91, 74, 91 pp., respectivamente.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Charte sociale européenne. Comité gouvernemental (14e rapport I et II)*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 302 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Circulation routière et drogues*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2000, 383 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights / Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, vols. I (1975) "Preparatory Commission of the Council of Europe, Committee of Ministers, Consultative Assembly, 11 May - 8 September 1949"; II (1975) "Consultative Assembly, Second Session of the Committee of Ministers, Standing Committee of the Assembly, 10 August - 18 November 1949"; III (1976) "Committee of Experts, 2 February - 10 March 1950" y IV (1977) "Committee of Experts - Committee of Ministers, Conference of Senior Officials, 30 March - 17 June 1950"; Ed. Martinus Nijhoff, La Haya, 327, 311, 339 y 301 pp., respectivamente. La colección está editada en las lenguas inglesa y francesa.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Compte rendu des débats*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, tomo I, 310 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Conférence internationale du Conseil de l'Europe sur les questions éthiques soulevées par l'application de la biotechnologie*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 100 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe, Compte rendu des débats*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 134 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Evolution démographique récente en Europe 1999*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 643 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *12e Conférence des directeurs d'administration pénitentiaire (CSAP)*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 182 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Formation des fonctionnaires qui entrent les premiers en contact avec des demandeurs d'asile en particulier aux postes frontière*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 14 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *La politique de la jeunesse en Finlande*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 168 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Le statut des agents publics en Europe*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 117 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Les compétences des juridictions suprêmes*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996, 210 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Les conditions d'emploi dans la Charte sociale européenne*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 137 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Les nouvelles tendances du droit électoral dans la Grande Europe, Sarajevo 17-18 avril 1998 (Actes)*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 153 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *L'Etat fédéral et régional dans la perspective de l'intégration européenne*, Ed. Conseil de l'Europe, Alemania, 1999, 155 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *L'orientation aux métiers du bâti ancien, des ensembles*

décoratifs et du patrimoine mobilier, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 115 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Mise en oeuvre de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 100 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Modèle de loi sur la gestion durable des zones côtières et Code de conduite européen des zones côtières*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 123 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Plan d'action en faveur de *Cypripedium calceolus* en Europe*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 59 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Politique culturelle: vingt et un enjeux stratégiques*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 65 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Société de marché, démocratie, citoyenneté et solidarité: un espace de confrontation? Conférence Parlementaire*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 170 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Tableaux comparatifs des régimes de sécurité sociale*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 588 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Valorisation du potentiel éducatif et culturel des nouvelles technologies de l'information*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 34 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Vers une gestion culturelle intégrée: pratiques et politiques*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 61 pp.

CORDERO GARCIA, Antonio J. (Profesor de Derecho Financiero y Tributario - Universidad de Almería), *La condonación en el ámbito tributario*, Ed. Marcial Pons,

Madrid-Barcelona, 1999, 254 pp.

CUETO PEREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1997, 549 pp.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. (Profesora de Derecho Penal - Universidad de Cádiz), *La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales (Análisis del tipo objetivo del artículo 162 del Código Penal)*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1999, 150 pp.

DE LORA DELTORO, Pablo, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, 343 pp.

DEBBASCH, Charles (Director. Profesor - Facultad Aix-Marseille), *Droit des Médias*, Ed. Dalloz, París, 1999, 1040 pp.

DECOCQ, André (Profesor - Universidad Panthéon-Assas); **MONTREUIL, Jean** (Director - Escuela Nacional Superior de la Policía) y **BUISSON, Jacques** (Profesor - Universidad Jean Moulin), *Le droit de la Police*, Ed. Litec, París, 1998, 868 pp.

DELPEREE, Francis (Profesor - Universidad Católica de Louvain), *Le contentieux électoral*, Ed. PUF, París, 1998, 127 pp.

DE PADURA BALLESTEROS, María Teresa (Profesora de Derecho Procesal - Universidad Complutense), *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, 419 pp.

DOLINGER, Jacob (Profesor titular - Universidad Estadual Río de Janeiro), *Direito internacional privado (parte geral)*, Ed. Renovar, Río de Janeiro, 1997, 505 pp.

DU BOIS DE GAUDUSSON, Jean (Profesor de Derecho Público - Universidad Montesquieu-Bordeaux IV), **CONAC, Gérard** (Profesor emérito - Universidad de París I) y **DESOUCHES, Christine** (Catedrática - Universidad de París I), *Les constitutions africaines, publiées en langue française*. tomo 1, Ed. La documentation française, París, 1998, 452 pp.

DWORKIN, Ronald (Profesor de Jurisprudencia - Universidad de Oxford), *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 1999, 427 pp.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Código Civil Alemán. Comentado. BGB*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 720 pp.

FAUPIN, Hervé, *Le contrôle du financement de la vie politique, partis et campagnes*, Ed. L.G.D.J., París, 1998, 558 pp.

FENECH, Georges, *Face aux sectes. Politique, justice, État*, Ed. PUF, París, 1999, 207 pp.

FERNANDEZ, E. M.; GANZENMÜLLER, C.; ESCUDERO, J. F.; FRIGOLA, J. y VENTOLA, F., *Delitos contra el Orden público, Terrorismo, contra el Estado o la Comunidad internacional*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, 669 pp.

FERNANDO PABLO, Marcos M. (Profesor de Derecho Administrativo - Universidad de Salamanca), *Derecho general de las telecomunicaciones*, Ed. Colex, Madrid, 1998, 212 pp.

FLAQUER MONTEQUI, Rafael (editor), *Derechos y Constitución*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, 241 pp.

FUERTES LOPEZ, Mercedes (Catedrática de Derecho Administrativo - Universidad de León), *El contratista y el subcontratista ante las administraciones públicas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 116 pp.

GARCIA-PARDO, David (Profesor de Derecho Eclesiástico del Estado - Universidad Complutense de Madrid), *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, 340 pp.

GEARTY, Conor A. (Profesor - Instituto de Investigación de las Libertades Civiles), *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights*, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1997, 420 pp.

GIMENEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1999, 223 pp.

GOMEZ CABRERA, Cecilio (Profesor de Derecho Financiero y Tributario - Universidad de Granada), *La discrecionalidad de la Administración Tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la inspección*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, 468 pp.

GOMEZ ORFANEL, Germán (Compilador), *Las constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, 577 pp.

GOMIS CATALA, Lucía, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, 349 pp.

GREPPI, Andrea, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 333 pp.

GROUPE D'ETUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE, Aix-en-Provence, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle. 1997*, Ed. Economica, París, 1998, 873 pp.

HARTKAMP, Arthur; HESSELINK, Martijn; HONDIUS, Ewoud; JOUSTRA, Carla

y **DU PERRON, Edgard** (editores), *Towards a European Civil Code. Second Revised and Expanded Edition*, Ed. Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1998, 652 pp.

HARUTYUNYAN, Gagik; MAVCIC, Arne, *The Constitutional review and its development in the modern world (a comparative constitutional analysis)*, Ed. Hayagitak, Laibach, 1999, 444 pp.

HERNANDEZ MARIN, Rafael (Catedrático de Filosofía del Derecho), *Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 506 pp.

HERRAN ORTIZ, Ana Isabel, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, 395 pp.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando (Fiscal - Tribunal Constitucional), *La intimidad como derecho fundamental*, Ed. Colex, Madrid, 1998, 210 pp.

IBAN, Iván C. (Catedrático - Universidad Complutense de Madrid) y **FERRARI, Silvio** (Catedrático de Derecho Eclesiástico - Universidad de Milán), *Derecho y Religión en Europa Occidental*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, 148 pp.

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARE, *Chinese Perspectives on International Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Contractual Matters*, Ed. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1999, n° 39, 386 pp.

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARE, *Staatsrechtliche Auswirkungen einer Mitgliedschaft in der Europäischen Union. Conséquences institutionnelles d'une adhésion à l'Union européenne*, Ed. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1999, n° 38, 305 pp.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, CENTRO DE ASESORIA Y PROMOCION ELECTORAL, *La financiación de la política en iberoamérica*, Ed. Pilar del Castillo y Daniel Zovatto, San José, 1998, 621 pp.

JIMENEZ LECHUGA, Francisco Javier (Profesor - IAAP), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español. Una visión de conjunto*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, 474 pp.

KRÄMER, Ludwig, *Derecho Ambiental y Tratado de la Comunidad Europea* (título original: E. C. Treaty and environmental Law. Traducción de Luciano Parejo Alfonso y Angel Manuel Moreno Molina), Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, 328 pp.

KRYNEN, Jacques (Director), *L'élection des juges. Etude historique française et contemporaine*, Ed. PUF, París, 1999, 278 pp.

LA ROSA, Anne-Marie, *Dictionnaire de Droit International Pénal. Termes choisis*, Ed. PUF, París, 1998, 118 pp.

LA LAGUNA UNIVERSITY, *The Reform of International Institutions for the protection of Human Right. First International Colloquium on Human Rights*, La Laguna, Tenerife, 1st - 4 th november 1992, Ed. Bruylant, Bruselas, 1993, 429 pp.

LANDA, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, 617 pp.

LAUTERPACHT RESEARCH CENTRE FOR INTERNATIONAL LAW, *International Law Reports*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, vol. 109, 707 pp.

LEMA DEVESA, Carlos (Catedrático de Derecho de la Publicidad - Universidad Complutense de Madrid) y **GOMEZ MONTERO, Jesús** (Profesor - Universidad Complutense de Madrid), *Código de Publicidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, 743 pp.

LENOIR, Noëlle; MATHIEU, Bertrand y MAUS, Didier (directores), *Constitution et*

éthique biomédicale, Ed. La documentation française, París, 1998, 236 pp.

LOPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, *La problemática jurídica de la transexualidad*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, 417 pp.

MACERA, Bernard-Frank (Profesor de Derecho Administrativo - Universidad de Valladolid), *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho Público*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 427 pp.

MANDIROLA BRIEUX, Pablo, *Introducción al Derecho islámico*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 135 pp.

MARTIN-RETORTILLO, Sebastián (Catedrático de Derecho Administrativo - Universidad Complutense de Madrid), *Derecho de aguas*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, 734 pp.

MATHIEU, Bertrand y VERPEAUX, Michel (Directores), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Ed. Économica, París, 1996, 201 pp.

MAYAUD, Yves (Profesor - Universidad Jean-Moulin), *Le terrorisme*, Ed. Dalloz, París, 1997, 146 pp.

MEDINA GUERRERO, Manuel (Profesor de Derecho Constitucional - Universidad de Sevilla), *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, 180 pp.

MENDEZ CHANG, Elvira, *El Control Parlamentario de las Atribuciones del Presidente en la Celebración de los Convenios Ejecutivos Internacionales*, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, 118 pp.

MENDEZ PINEDO, Elvira, *La protección de consumidores en la Unión Europea. Hacia un Derecho procesal comunitario de consumo*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 454 pp.

MONTOYA MARTIN, Encarnación, *Las empresas públicas sometidas al derecho privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1996, 662 pp.

MORENO MOLINA, José Antonio (Profesor titular de Derecho Administrativo - Universidad de Castilla-La Mancha), *La protección ambiental de los bosques*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 251 pp.

MORENO NAVARRETE, Miguel Angel, *Contratos Electrónicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, 162 pp.

MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Art. 282 del Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 1998, 151 pp.

MUÑOZ CUESTA, Javier (Coordinador); **ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso y GOYENA HUERTA, Jaime**, *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, 234 pp.

MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1999, 471 pp.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (Catedrático - Universidad Complutense), *Servicio público y mercado*, vols. II. (*Las telecomunicaciones*), III. (*La televisión*) y IV. (*El sistema eléctrico*), Ed. Civitas, Madrid, 1998, 245, 259 y 203 pp., respectivamente.

NUÑEZ LOZANO, María del Carmen (Profesora de Derecho Administrativo - Universidad de Sevilla), *Las aseguradoras de asistencia sanitaria. Intervención y liberalización*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, 283 pp.

PAGADOR LOPEZ, Javier (Profesor de Derecho Mercantil - Universidad de Córdoba), *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. Ley de condiciones generales de contratación*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, 786 pp.

PARADA, Ramón (Catedrático de Derecho Administrativo), *Derecho Administrativo*, vols. I. (*Parte general*); II. (*Organización y empleo público*) y III. (*Bienes públicos. Derecho urbanístico*), Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998-1999, 823, 592 y 606 pp., respectivamente.

PECES-BARBA, Gregorio; FERNANDEZ, Eusebio y DE ASIS, Rafael, *Curso de Teoría del Derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, 383 pp.

PEREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, 1103 pp.

PICONE, Paolo, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Ed. Cedam, Padua, 1999, 697 pp.

PRADA ALONSO, Javier, *Protección del consumidor y responsabilidad civil*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 214 pp.

PRATS CATALA, Joan, *La reforma de los legislativos en América Latina. Un enfoque institucional*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1997, 231 pp.

PUIG I FERRIOL, Lluís (Catedrático de Derecho Civil - Universidad Autónoma de Barcelona); **GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen** (Catedrática de Derecho Civil - Universidad Autónoma de Barcelona); **GIL RODRIGUEZ, Jacinto** (Catedrático de Derecho Civil - Universidad del País Vasco) y **HUALDE SANCHEZ, José Javier** (Catedrático de Derecho Civil - Universidad del País Vasco), *Manual de Derecho Civil*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1997-1998, vols. I (*Introducción y Derechos de la persona*) y II (*Derecho de obligaciones, Responsabilidad civil, Teoría general del contrato*),

531 y 708 pp., respectivamente.

PY, Bruno (Conferencista - Universidad Francesa del Pacífico), *Le sexe et le droit*, Ed. PUF, París, 1999, 127 pp.

REY GONZALEZ, Carlos (Profesor de Derecho Penal - UIC), *La prescripción de la infracción penal (En el Código de 1995)*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, 220 pp.

RIOS MARTIN, Julián Carlos (Profesor de Derecho Penal - Universidad Pontificia de Comillas de Madrid), *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Ed. Colex, Madrid, 1998, 482 pp.

RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Administraciones públicas y Derecho Privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 336 pp.

ROSA MORENO, Juan (Profesor de Derecho Administrativo - Universidad de Alicante), *El arbitraje administrativo*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, 138 pp.

RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, vols. 1 al 6, 554, 438, 536, 491, 507 y 552 pp., respectivamente.

RUBIO CORREA, Marcial, *Para conocer la Constitución de 1993*, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, 470 pp.

RUBIO LLORENTE, Francisco (Catedrático de Derecho Constitucional) y **JIMENEZ CAMPO, Javier** (Catedrático de Derecho Constitucional), *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, 173 pp.

SANCHEZ GASCON, Alonso, *Delitos contra la flora y la fauna. Especies amenazadas, caza y pesca*, Ed. Exlibris, Madrid, 1998, 199 pp.

SANCHEZ MARTINEZ, Francisco de Asís, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, 295 pp.

SANCHEZ MORON, Miguel (Catedrático de Derecho Administrativo - Universidad de Alcalá); **BARRANCO VELA, Rafael** (Catedrático - Universidad de Granada); **CASTILLO BLANCO, Federico A.** (Profesor - Universidad de Granada) y **DELGADO PIQUERAS, Francisco** (Profesor - Universidad de Castilla-La Mancha), *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, 326 pp.

SANCHEZ NAVARRO, Angel J., *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, 136 pp.

SANCHEZ DOMINGO, María Belén (Profesora de Derecho Penal - Universidad de Burgos), *Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 1998, 335 pp.

SATORRAS FIORETTI, Rosa María, *La libertad de enseñanza en la Constitución española*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 413 pp.

SIMON, William H., *The Practice of Justice. A theory of Lawyer's Ethics*, Ed. Harvard University Press, Londres, 1998, 253 pp.

SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE, *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit*, Ed. Société de Législation Comparée, París, 1999, 362 pp.

SOCIEDAD INTERAMERICANA DE PRENSA, *La libertad de Prensa y la ley, normas legales que afectan al periodismo en las Américas*, Ed. Sociedad Interamericana de Prensa,

Chapultepec, 1999, 567 pp.

SORIANO GARCIA, José Eugenio, *Derecho público de la competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, 670 pp.

SPIELMANN, Dean (Profesor - Centro Universitario de Luxemburgo) y **HUSTIN-DENIES, Nathalie** (Profesora - Universidad Católica de Lauvin), *L'infraction inachevée en droit pénal comparé*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1997, 163 pp.

TERRATS PLANELL, José Luis (Profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social - Universidad de Barcelona), *El control de la legalidad de los Convenios Colectivos por parte de los Poderes Públicos*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, 302 pp.

URIAS MARTINEZ, Joaquín P. (Profesor de Derecho Constitucional - Universidad de Sevilla), *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, 147 pp.

VALDRINI, Patrick (Rector - Instituto Católico de París); **DURAND, Jean-Paul** (Decano - Instituto Católico de París); **ECHAPPE, Olivier** (Profesor - Instituto Católico de París) y **VERNAY, Jacques** (Catedrático - Instituto Católico de París), *Droit canonique*, Ed. Dalloz, París, 1999, 696 pp.

VIALA, Alexandre (Catedrático de Derecho Público - Universidad Pierre Mendès France de Grenoble II), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Ed. L.G.D.J., París, 1999, 318 pp.

VILLAVARDE MENENDEZ, Ignacio (Profesor de Derecho Constitucional - Universidad de Oviedo), *La inconstitucionalidad por omisión*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, 242 pp.

ZOLLER, Elisabeth (Profesora - Universidad Panthéon-Assas), *Droit constitutionnel*, Ed. PUF, París, 1998, 642 pp.