

DERECHO CONSTITUCIONAL Y TEORÍA DEL ESTADO

AUTOR ANÓNIMO. *Formalism, Legal Realism, and Constitutionally Protected Privacy Under the Fourth and Fifth Amendments*. "Harvard Law Review", vol. 90, 1977, núm. 5, marzo, pp. 945-991. Cambridge, Mass., EUA.

Esta interesante nota, publicada por la "Harvard Law Review" sin mencionarse el autor, se refiere a las dos grandes corrientes del pensamiento jurídico norteamericano que han ejercido influencia preponderante sobre el criterio y opiniones judiciales respecto de los derechos individuales, enfocando, especialmente, el impacto específico de ambas corrientes sobre la jurisprudencia relativa a la protección del derecho de privacidad previsto en la Cuarta y Quinta Enmiendas constitucionales.

Al efecto, se aborda primeramente el examen de las decisiones de la Suprema Corte que van desde el caso *Boyd*, de finales del siglo pasado, hasta el caso *Olmstead*, en el primer tercio del actual. Todas estas decisiones, se afirma, hasta antes del último caso citado, se encuentran enmarcadas en lo que se conoce como era del formalismo jurídico, caracterizada por la idea de que los fallos derivan, por deducción, de principios legales virtualmente absolutos, fundados en el derecho natural y consagrados tanto por el *common law* como por la Constitución.

El caso *Olmstead* vino a representar la ruptura con la línea de pensamiento anterior, dando lugar al realismo jurídico, con un tipo de análisis pragmático. A esta corriente se refiere la segunda parte de esta nota, la cual, al enfocar el tratamiento moderno que se da al concepto de privacidad de las enmiendas en cuestión, analiza además, si bien en forma separada, por un lado, la relativización del concepto de privacidad de la Cuarta Enmienda y, por el otro, el abandono del concepto de privacidad de la Quinta Enmienda.

Después de haber concluido en lo inadecuado de la relativa protección actual de la privacidad personal, encontramos en la nota un claro pronunciamiento en favor de una nueva articulación y reivindicación del derecho de privacidad personal, sugiriéndose una construcción alternativa de las dos enmiendas y, al mismo tiempo, proponiéndose la limitación de la disponibilidad indiscriminada, en los procesos penales, de comunicaciones privadas.—Jesús RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ.

BOSTWICK, Gary L. *A taxonomy of Privacy: Repose, sanctuary and Intimate Decision*. "California Law Review". vol. 64, 1976, núm. diciembre, pp. 1447-1483, Berkeley, Ca., E.U.A.

Según el autor de este comentario, los análisis que sobre el derecho a la vida privada se han realizado hasta hoy día, adolecen de una considerable confusión. Ésta se debe, entre otras cosas, al precario consenso sobre la fuente legal precisa de este derecho y, al mismo tiempo, a la pretensión de agrupar casos diferentes en función de una conclusión jurídica predeterminada, en lugar de proceder a su clasificación de acuerdo con los hechos primarios que dieron origen al litigio, empezando, desde luego, por las situaciones actuales básicas, para de ahí desprender las variantes y combinaciones. Este método, por lo demás, tan viejo como el mismo *common law*, ha sido, afirma el autor, completamente ignorado en materia de protección del derecho a la vida privada.

Por otra parte, agrega el autor, una lista incluso parcial de los casos ventilados durante los últimos cinco años, en los cuales alguna de las partes ha invocado el concepto de privacidad, cubriría un amplio espectro de intereses sobre cuestiones, muchas veces, totalmente disímiles.

En tal virtud, y dado que el objeto del presente comentario es el de contribuir a simplificar y a clarificar los análisis sobre la privacidad, en intención tanto de los tribunales como de los litigantes, el autor sugiere que, de hecho, la privacidad comprende tres derechos diferentes y separados, y, en consecuencia, subdivide el concepto de privacidad en tres componentes, a saber: privacidad de reposo, privacidad de santuario y privacidad de decisión íntima.

Por lo que toca a la privacidad de reposo, el autor examina los casos de conflicto entre el reposo del individuo en su casa y diversas categorías de emisiones provenientes del exterior, así como aquellos que se presentan en los casos de oyentes y espectadores cautivos fuera de su casa, lo que le permite intentar un balance entre la privacidad de las personas cautivas y los intereses de los emisores.

Respecto a la privacidad de santuario, cuya forma más tradicional y concreta está representada por el derecho del individuo a no ser molestado en su persona, domicilio, papeles y posesiones, mediante registros o pesquisas indebidos, el autor aborda especialmente los casos de obtención de información sobre hechos privados, ya sea por parte del Gobierno, primero, cuando se vale de agentes y, segundo, sin la intervención de éstos, o bien por parte de los particulares.

Por último, en cuanto a la privacidad de las decisiones íntimas, el autor enfoca los casos de decisiones concernientes a: cohabitación, educación de los hijos, integridad corporal, documentos o materiales conservados en casa y, por último, actividades sexuales en privado de adultos anuentes.

Después de efectuar un compendio sobre la protección de la privacidad en las tres zonas aludidas, el autor concluye en que debe reconocerse que el derecho de privacidad es un derecho en constante evolución, ya que los mismos supuestos de hecho pueden conducir a diferentes conclusiones jurídicas con el transcurso del tiempo y con el cambio en las ideas de la sociedad respecto al grado de privacidad y al tipo de decisiones que razonablemente pueden garantizarse y dejarse al arbitrio del individuo.—Jesús RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ.

CARRILLO FLORES, ANTONIO. *El control de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad en México*. "Revista de la facultad de Derecho de México", 1976, núms. 103-104, julio-diciembre, pp. 133-148. México, D. F.

Nos presenta en este artículo un estupendo estudio sobre los sistemas de control de las leyes y actos de autoridad en el derecho mexicano. Me ha gustado mucho este estudio de don Antonio Carrillo Flores, por el aparato ejemplificador que trae a colación para fundamentar sus afirmaciones; por no considerar la función de control como una facultad exclusivamente reservada al poder judicial, que es la tónica predominante en esta clase de trabajos; y también me gustó por el enfoque, no excesivamente formalista, que le da a sus reflexiones, subrayando únicamente las grandes cuestiones que se han suscitado sobre tema tan interesante.

En efecto luego de reconocer que el más amplio y expedito control ciertamente es el que se reserva al poder judicial, se refiere a ciertos casos de violación de la Constitución que no son de hecho justiciables, sino que quedan al resorte y conducta de otros poderes, como el propio legislativo, según aconteció —dice Carrillo Flores— con el tratado de 1848 entre México y los Estados Unidos, infructuosamente impugnado de inconstitucionalidad, por ser una área reservada al Congreso de la Unión y, desde 1875, al Senado en particular, contra cuyas resoluciones sólo cabrían acciones de presión política, afirma el autor.

Se refiere también a la materia del artículo 82 constitucional, el cual preceptúa que para ser presidente de la República se requiere ser hijo de padres mexicanos por nacimiento, en relación con la demanda presentada ante la Corte Suprema para que investigara si el electo en 1940 era o no hijo de padres mexicanos por nacimiento, negándose dicha Suprema Corte a efectuar una tal investigación, supuesto que ya la Cámara de Diputados había hecho su declaración final.

Narra luego las pretensiones de José María Iglesias, argumentando ilegitimidad en la reelección de Lerdo de Tejada en 1876, para subrayar, en general, la no intervención del poder judicial en materia político-electoral. Y sobre este particular, el maestro Carrillo Flores recomienda precisamente que la Suprema Corte debería intervenir en dichos procesos electorales, desarrollando ciertas funciones de investigación. Para concluir en que el Congreso, en varios supuestos, se constituye como último definidor de la constitucionalidad de sus actos, sin que puedan ser impugnados por la vía normal o jurisdiccional.

A continuación Carrillo Flores se ocupa del papel de control que llega a desempeñar el ejecutivo. ¿Puede éste, se pregunta, dejar de aplicar una ley aprobada y promulgada, por estimarla inconstitucional? Respondiendo que no tiene facultades nuestro ejecutivo para dejar de aplicar una ley del Congreso, ya que el sistema del veto resulta insuficiente para tal propósito.

La última parte del artículo está dedicada al examen de los mecanismos de control atribuidos al poder judicial, supuestos más predominantemente analizados por la doctrina, con toda razón, pero no exentos de nuevos replanteamientos que miren por su mejoramiento técnico procesal en campos como el amparo de garantías y el mismo amparo de tipo contencioso administrativo.—José BARRAGÁN.

DE LA MADRID HURTADO, Miguel. *Economía y derecho*. "Estudios de Derecho Constitucional", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, pp. 9-30. México, D. F.

Este ensayo sobre economía y derecho se publicó en 1977, en un volumen dedicado por el autor a diversos estudios de Derecho Constitucional. El trabajo, que es resultado de una conferencia pronunciada por Miguel De la Madrid ante el Colegio de Economistas de México en 1969, está dividido en tres partes: el aspecto teórico del problema; el sistema económico y el orden jurídico; y, por último, la Constitución y el régimen económico.

En este ensayo el autor se plantea el peligro de la excesiva especialización de los estudios sociales, y pone énfasis en la necesidad de la investigación interdisciplinaria para la comprensión del problema social general. En cuanto al aspecto teórico del problema se toman en cuenta dos posiciones: El materialismo histórico, en la versión del marxismo y la tesis de Rudolf Stammler. En cuanto a la primera tesis refiere algunas de las concepciones originales del marxismo, en el sentido de concebir a los fenómenos sociales distintos de los económicos como superestructuras condicionadas por la estructura económica. De esta forma, el derecho es el instrumento de la clase explotadora para sostener el régimen económico capitalista. El autor cita también la posición atemperada de Engels, pero desafortunadamente no refiere algunas de las explicaciones marxistas modernas con respecto a este problema.

Posteriormente Miguel De la Madrid describe la postura de Rudolf Stammler, en el sentido de que el derecho y la economía están en relación de forma y materia. Para Stammler si bien existe una estrecha relación entre los dos sistemas señalados, también enfatiza el importante papel de la política y el derecho en la evolución económica de los grupos humanos. El autor de este ensayo considera como una lúcida aportación de Stammler las ideas de la relación directa y de la necesaria interconexión entre el derecho y la economía. De la Madrid fija su posición derivada de la indivisible unidad de la vida social, en la que coexisten diversos factores cuya influencia es perpetua y dinámicamente recíproca y cuya explicación veraz e integral es imposible desde esquemas unilaterales.

En la segunda parte del artículo, relativa al sistema económico y el orden jurídico, el autor asevera que todo el sistema económico presupone un orden jurídico que le proporciona un marco institucional. Señala también la consecuencia jurídica del intervencionismo en la economía, y la relativa autonomía entre el derecho y la economía, a pesar de su interacción.

Por último, en la tercera parte, relativa a la constitución y el régimen económico, De la Madrid describe el constitucionalismo clásico y el social, como bases estructurales de dos tipos de organización económica: el liberalismo capitalista, y el intervencionismo en sus diversos grados. El autor refiere la evolución histórica del estado liberal burgués hacia el intervencionismo, y posteriormente analiza algunas disposiciones de la constitución de 1917 que enmarcan al estado mexicano en el ámbito de la economía mixta. Este es un trabajo interesante que resalta

la trascendencia de la investigación interdisciplinaria, que a pesar de su dificultad debe desarrollarse en el futuro para la comprensión integral de ciertos problemas sociales. Gerardo GIL VALDIVIA.

FRÍAS, Pedro J. *¿Nuevo federalismo o postfederalismo?* "Revista de la Facultad de Derecho de México", 1976, núms. 103-104, julio-diciembre, pp. 213-236. México, D. F.

Es sugestivo el título mismo del presente artículo el cual contempla el proceso evolutivo que ha seguido Argentina, Brasil y Venezuela respecto de su federalismo, como consecuencia, según afirma el autor, del hecho indiscutible del predominio del poder ejecutivo en tales países. Predominio debido no sólo a que la individualidad estaba llamada a triunfar sobre las asambleas, en palabras de Emile Graud, citado por el mismo autor, sino como efecto del cambio social sobrevenido; debido, sobre todo, a la dependencia efectiva en que han llegado a quedar los estados federados respecto del ejecutivo central.

Tal es el fenómeno que se aprecia en las naciones de referencia: el poder ejecutivo crece a partir de toda interrelación que pueda preverse o reglarse, cualquiera que ella sea, porque se convierten en administración, y la administración es ya una área del ejecutivo. Por otro lado, la dependencia de los estados del centro crece en todos los supuestos, al mismo ritmo que crece la concentración de capital y de tecnología (empresas estatales); al mismo ritmo del crecimiento de los recursos fiscales (régimenes de participación); por el sistema de las prioridades en la planeación de la economía y del desarrollo nacional; por toda clase de innovaciones o emergencias, puesto que se presume que estas áreas son competencia del ejecutivo central. Por ello es que toda materia, observa el autor, que por su originalidad, dimensión o estrecha vinculación operativa con facultades del gobierno central, requiere en alguna etapa su asistencia técnica y económica o su concertación interjurisdiccional, tiende a ser dominada o integrada entre los poderes del gobierno central.

Desde otro punto de vista, el desarrollo político favorece o ha favorecido al poder ejecutivo, pero puede empobrecer la calidad del gobierno, ya que no toda competencia se convierte en poder, ni todo poder en autoridad. La descentralización del poder en base al territorio, sigue siendo una manera privilegiada de asegurar la autonomía y la participación de las entidades históricas de estos países. Así vemos que

la Constitución de Venezuela prevé la delegación de competencias con fines de descentralización administrativa en los Estados y municipios.

El autor continúa analizando estos diversos tipos de dependencia del poder central por parte de las entidades federadas, como los arriba enunciados, para preguntarse seguidamente si estamos ante un nuevo federalismo o postfederalismo, o tendencia hacia la conformación de un poder federal cooperativo o concertado, según se observa en Brasil y Argentina, como consecuencia de la descentralización política residual. Mientras que en Venezuela se está imponiendo realmente ya una forma postfederalista, dice el autor, debido a la ingerencia inmediata y directa del poder central en materia, incluso, de nombramiento de gobernadores, situación en la que las autonomías regionales operan más como administraciones de servicios que como gobiernos de personas.

Breves y acertadas reflexiones son las que fomula Pedro J. Frías en su artículo, acerca de la evolución y desarrollo del federalismo en Argentina, Brasil y Venezuela, evolución y desarrollo que no debe desdeñarse en México, por ejemplo, para poder valorar las consecuencias que una tal política centralista puede acarrear para la comunidad nacional.—José BARRAGÁN

HILL, Alfred. *Defamation and Privacy Under the First Amendment*. "Columbia Law Review", vol. 76, 1976, núm. 8, diciembre, pp. 1205-1313, Nueva York, E.U.A.

Un nutrido número de fallos pronunciados en el transcurso de más de una década, a partir de 1964, por la Suprema Corte de los Estados Unidos, hicieron pensar que ésta había llegado bastante lejos en la vía de la constitucionalización del derecho sobre la difamación. Sin embargo, en los últimos tres años, señala el autor, el número de decisiones sobre la misma materia ha sido relativamente escaso, hecho que no deja de tener una gran importancia práctica.

El estudio del profesor Hill, parte de lo que parece ser la esencia fundamental de los numerosos fallos mencionados, a fin de dilucidar sus implicaciones en áreas del *common law* sobre la difamación y sobre la invasión de la privacidad que aún no han sido tocadas por la Corte.

En tal virtud, y tomando en cuenta que la Corte ha conocido casi exclusivamente de reclamaciones por difamación contra los medios de comunicación, en ocasión de los cuales ha insistido en que la responsabilidad no puede fincarse salvo prueba de que existió falta, requi-

riendo, al mismo tiempo, un mayor grado de ésta en caso de que la persona difamada sea un personaje público que cuando se trata de una persona privada, el autor aborda, en primer término, los problemas relacionados con: la forma como en la práctica puede la Corte alcanzar el objetivo de un standard variable de la falta, si continúa limitándose a tomar en cuenta, exclusivamente, el carácter público o privado del demandante; la difamación por individuos que no desempeñan ninguna función en los medios de comunicación, particularmente cuando las personas difamadas no son figuras públicas; las opiniones difamatorias en general, y ciertos aspectos de la falta y de los daños aún no contemplados por la Corte.

Por lo que toca a la invasión de la privacidad, sin dejar de tomar en cuenta que los problemas en esta área son particularmente graves, primero, porque se trata de un nuevo agravio que ha proliferado en los últimos años y, segundo, por la diversidad de tipos conductuales en los medios de comunicación de los cuales puede resultar una invasión de la privacidad, el autor analiza en esta parte las cuatro categorías de agravios siguientes: la publicidad desproporcionada dada a la vida de otro; el descrédito de una persona ante la opinión pública; la apropiación, con fines de propaganda comercial, del nombre o del parecido de una persona, y, la intrusión en los asuntos privados de otro. Acto seguido, examina las mismas categorías señaladas, pero esta vez referidas a los agravios imputables a aquellas personas que no realizan ninguna función en los medios de comunicación.

Para terminar, el estudio hace breves referencias a la invasión de la privacidad resultante del quebrantamiento de una confidencia, en especial cuando implica la responsabilidad de los autores o de los editores, así como a los problemas que derivan cuando en una obra de ficción se caracteriza a uno de los personajes tomando como modelo o, mejor dicho, inspirándose en una persona aún viva.

Habiendo discutido las anteriores cuestiones, el autor concluye que, al menos en las situaciones analizadas, aparece que la prensa es objeto de una protección mayor, derivada de la Primera Enmienda, que la que se otorga, en situaciones semejantes, a los particulares. Sin embargo, por su parte, si bien admite que la protección de la prensa como institución es indispensable al sistema de gobierno de los Estados Unidos, reafirma que el derecho del individuo a no ver coartada su libertad de expresión representa, tal vez, un valor más fundamental.—Jesús RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ

KESSLER, Jeffrey. *Clean Air Act Amendments of 1970: A Threat to Federalism?* "Columbia Law Review", vol. 76, 1976, núm. 6, octubre, pp. 990-1028. Nueva York, E.U.A.

Este estudio, en forma de nota, que aparece en la revista de la Universidad de Columbia reviste un interés especial por dos razones: por una parte, revela que la intervención del Estado en materias económicas y sociales tiende a abarcar la totalidad del territorio de un país, pues la planeación no puede ser regional sino nacional, lo cual constituye un serio problema para los sistemas federales acostumbrados a la autonomía de los poderes estatales; por otra parte, en sistema federales como México se acostumbra resolver el problema de la planeación a nivel nacional modificando la Constitución para evitar el serio problema jurídico y resolverlo de raíz. Sin embargo, como en los Estados Unidos la reforma constitucional es muy difícil, la nueva legislación socio-económica tropieza siempre con el obstáculo de la autonomía de los Estados.

La Ley sobre contaminación atmosférica (*Clean Air Act*) de 1970, de carácter federal y sumamente importante en cuanto a la protección del ambiente en los Estados Unidos, obliga a los Estados a cooperar en el cumplimiento de ella, a supervisar y colaborar en el control de la contaminación. De aquí que haya surgido el serio problema jurídico de su constitucionalidad desde el punto de vista tradicional de la Décima Enmienda (las facultades expresamente no otorgadas a la Federación, pertenecen a los Estados). En el año de 1975 los tribunales federales de los Estados Unidos —aunque no la Suprema Corte— dictaron tres sentencias en apelación contrarias a la constitucionalidad de la ley: *Brown v. EPA*, *District of Columbia v. Train* y *Maryland v. EPA* (EPA significa: *Environmental Protection Agency*). Con estas sentencias se ha puesto en duda que la legislación socio-económica pueda ser de carácter federal y apoye su constitucionalidad en la cláusula de que el comercio inter-estadal implícitamente así lo justifica, como lo fue expuesto en la famosa sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos —aunque bastante controvertida— *United States v. Darby* (1941). Ya desde el caso de *National League of Cities v. Usery* (1976) la Suprema Corte expuso que la cláusula de comercio-interestadal no permite la expansión ilimitada de las facultades federales sobre las de los Estados. Esta misma tesis de hecho la ha sostenido respecto a la

Ley sobre contaminación atmosférica en cuanto ha otorgado el "cerciorari" en los tres casos mencionados al principio que combaten a la "EPA".—LUCIO CABRERA ACEVEDO.

LIRA GONZÁLEZ. *La tradición del amparo en la primera mitad del siglo XIX*. v. VARIOS

RYBAK. *Théorie des systèmes et droits de l'homme*. v. VARIOS.

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO Y PRIVADO

ALEXANDER, Lewis, M. *Regional Arrangements in The Oceans*. "American Journal of International Law". vol. 71, (enero) 1977, núm. 1, pp. 84-109. Washington, D.C., E.U.A.

La celebración de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar ha dado lugar a una amplia literatura sobre la materia, fundamentalmente, en lo concerniente a su reestructuración y a la definición de las nuevas figuras e instituciones. El presente artículo que se comenta toma un enfoque original y de extremo interés: las particularidades regionales de los océanos que no podrán quedar comprendidas dentro de un tratado de alcances mundiales y que requerirán, por lo mismo, de un régimen especial negociado regionalmente por los Estados.

Así, encontramos que la delimitación de la "zona económica exclusiva" tendrá que hacerse sobre la base del entendimiento recíproco de los Estados cuando sus respectivas franjas exclusivas se tralapen. De igual manera, la protección a determinadas especies y su régimen de explotación, como es el caso del atún o de la ballena, quedará, en su precisión última, a la negociación de los Estados regionales o a la de aquellos que participan en su captura. Los índices de contaminación, por por otra parte, varían conforme las regiones marinas. Esto da lugar a soluciones diferentes y a esquemas de reglamentación distintos. El derecho de los estados mediterráneos, a participar en faenas de pesca dentro de la "zona económica exclusiva" de los Estados vecinos deberá determinarse en acuerdos con ellas. Esta lista de ejemplos ilustra sobre un conjunto importante de situaciones que demandará inevitablemente de regímenes regionales complementarios a un tratado universal sobre el derecho del mar.