

REVISTA

DE LA

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

VERANO 1963

Director: VIVIAN BOSE

VOLUMEN IV, NÚM. 2

EDITORIAL

- HANS KLECATSKY REFLEXIONES SOBRE EL IMPERIO DE LA LEY, ESPECIALMENTE SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACION
- RENÉ CASSIN REFLEXIONES SOBRE EL IMPERIO DE LA LEY
- GERHARD LEIBHOLZ PODER DEL DERECHO Y PODER DEL ESTADO EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA
- G. D'ARBOUSSIER EN TORNO A LA PRIMACIA DEL DERECHO ¿ES EL IMPERIO DE LA LEY MITO O REALIDAD?
- NORMAN S. MARSH EL IMPERIO DE LA LEY: NUEVA DELHI - LAGOS - RIO DE JANEIRO - ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE UN VIAJE CON EXCURSIONES A CHICAGO Y VARSOVIA
- WHITNEY N. SEYMOUR Y SAUL L. SHERMAN EL CONCEPTO MUNDIAL EN DESARROLLO DEL IMPERIO DE LA LEY VISTO DESDE LOS ESTADOS UNIDOS
- J. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA REFLEXIONES SOBRE EL IMPERIO DEL DERECHO
- VIKTOR LIEBSCHER AUSTRIA Y EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURIDICO INTERNO
- ANNAROSA PIZZI PROBLEMAS DE LA DEFENSA DE LA LIBERTAD Y DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO
- A. G. DAVIS LA INSTITUCIÓN DEL "OMBUDSMAN" EN NUEVA ZELANDIA (Parte II)
- ESTUDIO DE LA SECRETARÍA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: APRECIACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES ELECTORALES

DOCUMENTO

Informe sobre el seminario celebrado en Bangalore del 6 al 8 de julio de 1962 bajo los auspicios de la Comisión India de Juristas y de la Comisión de Juristas del Estado de Mysore.

REVISTA DE LIBROS

JUNTA ASESORA DE LA REVISTA

ROBERT R. BOWIE, profesor de Asuntos Internacionales y ex catedrático de Derecho en la Universidad de Harvard;

GEORGES BURDEAU, profesor de Derecho en la Universidad y en el Instituto de Estudios Políticos de París;

ZELMAN COWEN, profesor de Derecho público y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne;

T. S. FERNANDO, magistrado del Tribunal Supremo de Ceilán;

C. J. HAMSON, profesor de derecho comparado en la Universidad de Cambridge.

SEBASTIÁN SOLER, profesor en la Universidad de Buenos Aires y ex procurador general de la Nación argentina;

KENZO TAKAYANAGI, profesor de Derecho en la Universidad de Tokio y presidente de la Comisión examinadora de la Constitución, y

KONRAD ZWEIFERT, profesor de Derecho comparado en la Universidad de Hamburgo.

La Comisión Internacional de Juristas es una organización no gubernamental, reconocida como entidad consultiva, categoría B, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. La Comisión promueve el conocimiento y la observancia del imperio de la ley. Está integrada por:

JOSEPH T. THORSON (Presidente honorario)	Presidente del Tribunal de Hacienda del Canadá
VIVIAN BOSE (Presidente)	Ex magistrado del Tribunal Supremo de la India
A. J. M. VAN DAL (Vicepresidente)	Abogado ante el Tribunal Supremo de los Países Bajos
JOSE T. NABUCO (Vicepresidente)	Abogado del Colegio de Río de Janeiro, Brasil
SIR ADETOKUNBO A. ADEMOLA	Presidente del Tribunal Supremo de Nigeria
ARTURO A. ALAFRIZ	Procurador general de Filipinas; ex presidente de la Federación de Asociaciones de Abogados de Filipinas
GIUSEPPE BETTIOL	Diputado al Parlamento italiano; profesor de derecho en la Universidad de Padua
DUDLEY B. BONSALE	Magistrado del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York; ex presidente de la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos
PHILIPPE N. BOULOS	Viceprimer ministro del Gobierno del Líbano; ex gobernador de Beirut; ex ministro de Justicia
U CHAN HTOON	Ex magistrado del Tribunal Supremo de la Unión Birmana
ELI WHITNEY DEBEVOISE	Abogado, Nueva York; ex consejero general de la Oficina del Alto Comisionado de los Estados Unidos en Alemania
SIR OWEN DIXON	Presidente del Tribunal Supremo de Australia
MANUEL G. ESCOBEDO	Profesor de derecho en la Universidad de México; abogado; ex presidente de Barra Mexicana
PER T. FEDERSPIEL	Abogado, Copenhague; ex presidente de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa; diputado al Parlamento danés
THUSEW S. FERNANDO	Magistrado del Tribunal Supremo de Ceilán; ex fiscal general y ex procurador general de Ceilán
ISAAC FORSTER	Presidente del Tribunal Supremo de la República del Senegal
FERNANDO FOURNIER	Abogado; ex presidente de la Asociación de Abogados de Costa Rica; profesor de derecho; ex embajador ante los Estados Unidos y ante la Organización de los Estados Americanos
OSVALDO ILLANES BENÍTEZ	Ministro de la Corte Suprema de Chile
HANS-HEINRICH JESCHECK	Profesor de derecho; director del Instituto de Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional de la Universidad de Friburgo/B
JEAN KRÉHER	Abogado ante el Tribunal de Apelación de París, Francia
SIR LESLIE MUNRO	Ex secretario general de la Comisión Internacional de Juristas; ex presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas; ex embajador de Nueva Zelandia ante las Naciones Unidas y los Estados Unidos
PAUL-MAURICE ORBAN	Profesor de derecho en la Universidad de Gante, Bélgica; ex ministro; ex senador
STEFAN OSUSKY	Ex ministro de Checoslovaquia en Gran Bretaña y Francia; ex miembro del Gobierno checoslovaco
LORD SHAWCROSS	Ex fiscal general de Inglaterra
SEBASTIÁN SOLER	Abogado; profesor de derecho; ex procurador general de la Nación argentina
PURSHOTTAM TRIKAMDAS	Abogado ante el Tribunal Supremo de la India; ex secretario del mahatma Gandhi
H. B. TYABJI	Abogado, Karachi, Pakistán; ex magistrado del Tribunal Superior de Sind

Presidente: VIVIAN BOSE
Ex magistrado del Tribunal Supremo de la India

Secretario administrativo: EDWARD S. KOZERA
Ex profesor de Teoría y Práctica del Gobierno, Universidad de Columbia

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, 2, QUAI DU CHEVAL BLANC, GINEBRA, SUIZA

box 21

REVISTA

DE LA

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

VERANO 1963

Director: VIVIAN BOSE

VOLUMEN IV, NÚM. 2

EDITORIAL

227

HANS KLECATSKY REFLEXIONES SOBRE EL IMPERIO DE LA LEY, ESPECIALMENTE SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN 229

RENÉ CASSIN REFLEXIONES SOBRE EL IMPERIO DE LA LEY 246

GERHARD LEIBHOLZ PODER DEL DERECHO Y PODER DEL ESTADO EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA 266

G. D'ARBOUSSIER EN TORNO A LA PRIMACÍA DEL DERECHO ¿ES EL IMPERIO DE LA LEY MITO O REALIDAD? 274

NORMAN S. MARSH EL IMPERIO DE LA LEY: NUEVA DELHI - LAGOS - RÍO DE JANEIRO - ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE UN VIAJE CON EXCURSIONES A CHICAGO Y VARSOVIA 279

WHITNEY N. SEYMOUR Y SAUL L. SHERMAN EL CONCEPTO MUNDIAL EN DESARROLLO DEL IMPERIO DE LA LEY VISTO DESDE LOS ESTADOS UNIDOS 292

J. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA REFLEXIONES SOBRE EL IMPERIO DEL DERECHO 299

VIKTOR LIEBSCHER AUSTRIA Y EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO 307

ANNAROSA PIZZI PROBLEMAS DE LA DEFENSA DE LA LIBERTAD Y DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO 319

A. G. DAVIS LA INSTITUCIÓN DEL "OMBUDSMAN" EN NUEVA ZELANDIA (Parte II) 343

ESTUDIO DE LA SECRETARÍA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: APRECIACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES ELECTORALES 351

DOCUMENTO

362

Informe sobre el seminario celebrado en Bangalore del 6 al 8 de julio de 1962 bajo los auspicios de la Comisión India de Juristas y de la Comisión de Juristas del Estado de Mysore.

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS . GINEBRA

PN 984

REVISTA DE LIBROS

	Law in Eastern Europe (<i>V. M. Kabes</i>)	374
<i>John N. Hazard e Isaac Shapiro</i>	The Soviet Legal System (<i>János Tóth</i>)	378
	Comisión de Derechos Humanos: Informe sobre los trabajos del decimoctavo período de sesiones (<i>Jean Ziegler</i>)	383
<i>Manouchehr Ganji</i>	International Protection of Human Rights (<i>J. Z.</i>)	384
<i>Richard Baeumlin</i>	Staat, Recht und Geschichte (<i>J. Z.</i>)	385
<i>Erhard Appel</i>	El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales: Su influencia sobre el derecho penal, sustantivo y procesal, de Alemania (<i>Rudolf Torovsky</i>)	387
<i>T. Olawale Elias</i>	British Colonial Law: A Comparative Study of the Interaction between English and Local Laws in British Dependencies (<i>A. A. de C. Hunter</i>)	388

EDITORIAL

Para celebrar su primer decenio de actividad en pro del imperio de la ley, la Comisión Internacional de Juristas ha invitado a varios jurisconsultos eminentes a consignar en la *Revista* su opinión sobre el reconocimiento y la vigencia del régimen de derecho en la actualidad. Tratan de ese tema siete artículos del presente número.

Sostiene el señor Norman S. Marsh en su colaboración que "la Comisión Internacional de Juristas puede experimentar justificadamente una sensación modesta de éxito por la contribución que ha aportado para extender la comprensión de un ideal político-jurídico que puede llevarse a la práctica en países dotados de sistemas políticos y económicos diferentes y con tradiciones jurídicas distintas". Sea lo que fuere, sí cabe afirmar que todo el mundo habla hoy del "imperio de la ley" y que este concepto ya no es la consigna misteriosa de un círculo cerrado, ininteligible para los extraños. Los hombres públicos lo emplean; los jefes de Estado y de Gobierno ponderan su importancia; la prensa, la radio y la televisión difunden por todas partes este ideal de perfección. Está penetrando en la conciencia de la sociedad en general. Las naciones que logran su emancipación lo consideran legado propio y, sin percibir siempre con claridad su significación y alcance, quieren apropiárselo en todo caso.

¿ Fuimos nosotros la causa ? ¿ Quién sabe ? Tal vez fuimos meros auxiliares, pero poco importa saberlo: el progreso es patente.

La Comisión ha interpretado con amplitud el antiguo concepto del imperio de la ley, ha cultivado esta nueva idea en campos cada vez más extensos y que ahora abarcan desde el ámbito jurídico anglosajón y las tierras de derecho romano hasta el continente africano y el Oriente, y ha familiarizado al público con esta idea. En el Congreso de Delhi, la primacía se transfirió de los aspectos políticos y rigurosamente jurídicos a los "valores sociales, económicos y culturales sin los cuales ningún hombre puede alcanzar la plenitud de ser humano". Estos principios se enuncian en las Constituciones de Irlanda y la India en los capítulos sobre las normas rectoras.

El señor René Cassin pone también de relieve la universalidad del imperio de la ley y dice que "responde a . . . las aspiraciones de todos los pueblos de la tierra, . . . a las de las masas humanas en condiciones de subdesarrollo, que no pueden saciar su hambre, no saben leer y son víctimas de la opresión, el temor y la miseria". A su juicio, es imperativo que la opinión mundial condene formalmente las injusticias. Ésta es la única solución cuando "la soberanía nacional no nos brinda otro recurso". Es indispensable que los derechos humanos sean protegidos por el imperio de la ley "a fin de

que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". Las recientes convulsiones en muchos países hacen ver el acierto de esa reflexión.

Señala el señor Viktor Liebscher que, cuando se quiere hacer efectivo el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo más difícil es convencer a los países de la conveniencia de recoger sus disposiciones en la legislación nacional. Se refiere también a asuntos que cobrarán mayor importancia antes de mucho tiempo: la libertad de circulación y de repatriación y el derecho a salir de un país.

Los asistentes al seminario celebrado en Bangalore examinaron varios problemas con que se enfrenta el ciudadano indio corriente. ¿ Por qué siente el particular indio renuencia a prestar su concurso a la policía y a comparecer ante los tribunales inferiores en calidad de testigo? Su actitud se debe al maltrato de que es objeto, a la inconsideración que se le muestra y a las ofensas y afrentas que menoscaban su dignidad. ¿ Qué impulsa a hombres de pro a mantenerse alejados de la política y a no presentar su candidatura para cargos electivos? ¿ Qué significa realmente en la India el sistema de partidos? ¿ Hasta dónde ha llegado la contaminación producida por los donativos no contabilizados ni verificados que las grandes empresas aportan a los fondos electorales de los partidos y los candidatos? ¿ Acaso no tienen los accionistas derecho a conocer el destino de su dinero?

El presente número contiene una crónica de la Secretaría sobre "Jurisprudencia constitucional" con la que inauguramos una nueva sección dedicada al análisis y comentario de importantes decisiones en materia de derecho constitucional.

En los artículos que forman el presente número se refleja la combinación de idealismo y fines prácticos que es una de las notas más sobresalientes de la obra desarrollada por la Comisión.

REFLEXIONES SOBRE EL IMPERIO DE LA LEY, ESPECIALMENTE SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

I

El concepto de imperio de la ley revistió en distintos campos del derecho formas distintas. No obstante, todas estas variantes jurídicas tienden al mismo fin: lograr y preservar la libertad de la persona humana como individuo frente a la intervención arbitraria de la fuerza colectiva. La libertad de constituirse el individuo, de serlo y de conservar tal cualidad existe sólo cuando la persona posee una serie de derechos y puede defenderlos. El derecho y las instituciones creadas para su salvaguarda aseguran un equilibrio de fuerzas entre el individuo débil, y la sociedad, poderosa, pues crean un ámbito jurídico en el que la sociedad y el individuo son iguales. Para el individuo sólo existe un camino de autenticidad, en nombre propio de la sociedad y de valores superiores. Este camino es él mismo. Samuel Johnson dice con acierto: "Las sociedades no tienen alma que salvar ni rodilla que plegar." Una sociedad compuesta de personas que no pueden formar ni afirmar su Yo se hunde cada vez más en los abismos de las ilusiones ideológicas.

El imperio de la ley no es algo que una vez conseguido quede asegurado para siempre. Hace más de noventa años Rudolf von Gneist, partidario del Estado constitucional, escribió: "El imperio de la ley en el sentido histórico y filosófico de la palabra ha nacido en forma lenta y trabajosa en conflicto abierto con las tendencias de la sociedad e igualmente sólo de esta forma podrá reconquistarse y conservarse hoy día."¹ Estos pensamientos siguen siendo de actualidad. La "lucha por el derecho" (Rudolf von Ihering) es incesante pues "el poder público tiene siempre y dondequiera a no reconocer límite alguno. Es indiferente que se halle en una sola mano o en la de todos" (Ortega y Gasset).² El imperio de la ley, como todos los bienes culturales de la humanidad, está permanentemente amenazado. Puede compararse a las ciudades fortificadas de la Edad Media que, gracias a las murallas, fosos, torres y puentes levadizos, garantizaban a sus ciudadanos la protección indispensable para un

¹ *Der Rechtsstaat*, Berlín, 1872, pág. 6.

² *Notas del vago estío*, 1925.

ordenamiento social digno. El lugar que corresponde al jurista, guardián y combatiente de primera línea contra toda amenaza, es vigilar en las almenas de la ciudad jurídica. Lo mismo que la situación de estas ciudades fortificadas y la índole de los peligros que las amenazaban exigían diversas medidas de defensa, así la idea del imperio de la ley ha revestido formas distintas según las necesidades y las tradiciones de cada país. Sin embargo, podía darse el caso de que con todas sus fortificaciones intactas la ciudad cayera por la traición de uno de los suyos o tras atacar el enemigo por sorpresa en un punto débil ignorado de los defensores. Esto debería enseñarnos que para preservar el imperio de la ley son necesarias unidad y lealtad por parte de los juristas encargados de defenderlo; en segundo lugar, que la defensa del imperio de la ley es indivisible y, además, que la menor debilidad en esa defensa, por pequeña que parezca, puede decidir el destino del imperio de la ley.

Por ello no puede establecerse un orden de prioridad de sus zonas de defensa, *lo más importante en cada caso es el sector del imperio de la ley que se encuentra de momento más amenazado*. También el imperio de la ley es tan fuerte como su punto más débil. No hay duda de que de la experiencia general de innumerables generaciones de juristas de distintos países pueden deducirse *principios generales* sin los cuales no podría existir el imperio de la ley. Estos principios generales son los siguientes:

1. el principio de la *separación de poderes*, aplicado no sólo al poder legislativo, al ejecutivo y al judicial, sino a todos los puntos de total concentración de poder;
2. el principio de la *independencia de los jueces* respecto de la administración, así como de toda influencia que no sea la ley;
3. la dependencia de todos los poderes, especialmente el legislativo y el ejecutivo, de los *derechos y libertades fundamentales* de la persona que deben ser protegidos;
4. el principio de la *legalidad del ejecutivo*;
5. el *control del legislativo y el ejecutivo* por jueces independientes;
6. la existencia de una *fuerza independiente* de las fuerzas sociales: las juristas, defensores por antonomasia del imperio de la ley.

Estos principios no pueden considerarse aislados. Su carácter estructural implica que cada uno se completa con los demás.

Es útil intercambiar experiencias; sólo así puede realizarse un orden mundial de derecho y libertad. Austria es una República liberal, democrática y federal, con separación de poderes y de

neutralidad perpetua³. Los derechos y libertades fundamentales están protegidos por la Constitución Federal, especialmente por la Ley fundamental del Estado del 21 de diciembre de 1867, *Reichsgesetzblatt* núm. 142, sobre los derechos generales de los ciudadanos⁴. Austria ha ratificado el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Los jueces son independientes, inamovibles e intransferibles. La abogacía es libre. Pero no tratamos de estudiar aquí este problema sino la forma que ha revestido en el ordenamiento jurídico austríaco el principio fundamental de la *legalidad del ejecutivo*. Y ello porque, y no sólo en Austria⁵, el poder ejecutivo es el más expansivo y el que más problemas plantea y porque en Austria la sumisión del ejecutivo a la ley es extrema, ofreciendo quizá así un ejemplo típico. La sumisión del ejecutivo a la ley era puramente teórica cuando no existían jueces independientes encargados de velar por la aplicación de la ley por parte de los órganos administrativos. Así, pues, la historia de este principio está indisolublemente ligada desde el comienzo al *Tribunal Administrativo* de Viena⁶, y más tarde también al *Tribunal Constitucional* de Viena⁷. La jurisprudencia del Tribunal Administrativo ha dado al principio fundamental de la legalidad del ejecutivo un impulso prodigioso. Es esta dinámica la que el Estado de hoy asigna al jurista y la que, gracias al principio fundamental de la legalidad de la administración y a la noción consiguiente de jurisdicción administrativa, esperamos que consiga resolver el problema.

II

La historia enseña que ningún problema es totalmente nuevo⁸.

³ Sobre la formación del Estado en general véanse Ludwig Adamovich y Hans Spanner: *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, Viena, 1957, y Leopold Werner y Hans Klecatsky: *Das österreichische Bundesverfassungsrecht*, Viena, 1961. Sobre la Administración en especial, Ludwig Adamovich: *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, dos tomos, Viena 1953/1954, y Walter Antonioli: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954.

⁴ Sobre las disposiciones que reconocen los derechos y libertades fundamentales véase Leopold Werner y Hans Klecatsky, *op. cit.*, pág. 358 y ss.

⁵ Sobre la tendencia general de desarrollo véase Hans Klecatsky: "Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht", en *Juristische Blätter* 1954, pág. 473 y ss. y 503 y ss.

⁶ La situación del Tribunal Administrativo queda regulada ahora por los artículos 129 a 136 de la Constitución federal y por la Ley del Tribunal Administrativo de 1952, *Bundesgesetzblatt* núm. 96.

⁷ La situación del Tribunal Constitucional queda regulada ahora por los artículos 137 a 148 de la Constitución federal y por la Ley del Tribunal Constitucional de 1953, *Bundesgesetzblatt*, núm. 85.

⁸ Sobre el desarrollo legal del derecho administrativo austríaco véase en especial Rudolf Hermann Herrnrit: *Grundlehren des Verfassungsrechtes*, Tübingen, 1921, pág. 36 y ss., y Ernst Hellbling: *Osterreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Viena, 1956.

En el siglo XVIII comenzó la época del Estado policía. La actividad de la administración hasta entonces estaba fiscalizada por los tribunales para asegurar el cumplimiento de la ley y preservar los derechos del individuo. La administración sólo podía ejercerse en las formas del derecho. Entonces el *jus politiae*, originado en el concepto francés de la *haute police* y considerado como derecho de soberanía de los monarcas, era invocado por doquier en interés del bien general. Se consideraba que el Estado estaba autorizado a reglamentar todas las cuestiones sociales en interés general. En la primera mitad del siglo XIX el ordenamiento jurídico se dividió en dos partes: el derecho privado, por normas estrictas y la jurisdicción pública sometida a la libertad de acción de la administración. El concepto del imperio de la ley tendía a restablecer la sumisión de todo el ejecutivo a la ley, que en el Estado policía había desaparecido. El Estado paternalista del siglo XVIII se convirtió en el Estado constitucional del siglo XIX. Friedrich Julius von Stahl formuló los requisitos del Estado constitucional así: "El Estado debe ser constitucional; es la solución y además en realidad la tendencia de la nueva época. Debe delimitar estrictamente las fronteras de su actividad así como la esfera de libertad de sus ciudadanos dentro del derecho, debe asegurar el respeto de este ordenamiento y no debe imponer la ética por acción directa, por coerción, pues dichas ideas pertenecen al campo del derecho"⁹. Las normas de la administración se constituyen en fuente "de derecho público subjetivo" frente al Estado cuyas medidas se convierten en decisiones y resoluciones susceptibles de evaluación jurídica. Ya era imposible volver al Estado medieval que se había limitado a proteger al individuo contra los ataques de su derecho. En la historia nunca ha sido posible volver al pasado. Los fines del nuevo Estado eran, por una parte, proteger los derechos subjetivos de la persona y, por otra, satisfacer los intereses en juego teniendo en cuenta el interés público general. La estructura dualista del ordenamiento jurídico: un derecho privado y un derecho público condujo a la creación de un Tribunal Central Administrativo¹⁰, según el modelo francés. El 26 de octubre de 1876 pronunció este Tribunal su primera sentencia. A partir de entonces, de la jurisdicción administrativa se dio forma al imperio de la ley. No sólo se sentaron las bases de una *legalidad objetiva* del poder ejecutivo, sino además el derecho de las partes a un procedimiento administrativo legal. Se desarrolló así un derecho administrativo sustantivo y un procedimiento administra-

⁹ *Rechts- und Staatslehre*, 5ª edición, Tübingen-Leipzig, 1878, vol. II, pág. 137.

¹⁰ Art. 15 de la Ley fundamental del Estado de 21 de diciembre de 1867, *Reichsgesetzblatt* núm. 144, sobre el poder judicial, y Ley de creación del Tribunal Administrativo de 22 de octubre de 1875, *Reichsgesetzblatt* núm. 36/1876.

tivo a medida que este tribunal creaba su jurisprudencia y, más tarde, mediante la legislación a que dio lugar dicha jurisprudencia. Sirva de ejemplo la Ley de procedimiento administrativo de 1925¹¹, que además de reglamentar el procedimiento judicial sentó un procedimiento completo para los órganos administrativos.

III

El requisito de la sumisión de la administración a la ley es el rasgo principal del imperio de la ley. La ley aprobada por un parlamento de representación popular era y es el medio de asegurar la soberanía del pueblo sobre el ejecutivo y de impedir la arbitrariedad administrativa. Paralelamente a esta acción en beneficio del pueblo surge el efecto protector de la ley de los derechos del individuo. La ley como norma general abstracta concede al individuo libertad, igualdad, seguridad jurídica. La obligación de los órganos del Estado de conformarse a la norma abstracta y general de clara estabilidad disminuye la posibilidad de arbitrariedades. Así las medidas del Estado son previsibles hasta cierto punto y el individuo puede ajustar su conducta a estas posibilidades de intervención estatal. Puede enunciarse, por tanto, el siguiente principio: *la libertad del individuo guarda proporción con la medida en que la administración se conforma a la ley.*

Es evidente que la norma jurídica general abstracta que dicta el ejecutivo, el reglamento, no puede cumplir la función de la ley. No es juez quien se dicta la ley a sí mismo y del mismo modo cesaría la administración de estar normativamente obligada si ella misma se dictara su ordenamiento jurídico. La división de fuerzas existente en el Parlamento no afecta en absoluto a la promulgación de reglamentos. Estos pueden dictarse con menos dificultades y más rápidamente y tienen, por tanto, menos valor constitutivo que la ley.

La Constitución federal austríaca (B-VG) proclama en el párrafo 1º del artículo 18 la *absoluta supremacía del legislativo sobre el ejecutivo*: "La administración del Estado sólo puede actuar sobre la base de la ley". Al ejecutivo pertenecen también el Presidente de la República Federal (artículo 60 y ss. de la Constitución), el Gobierno federal (art. 69 de la Constitución) y los gobiernos de los distintos Estados federados (art. 101). Sólo así se puede comprender el párrafo 2 del art. 18 de la Constitución: "Todo órgano administrativo puede dictar reglamentos dentro del campo de su competencia basados en la ley". Gracias a una jurisprudencia del

¹¹ Ley de Instrucción, Ley general de procedimiento administrativo, Ley penal administrativa, Ley de ejecución administrativa. Estas leyes rigen en su forma modificada, *Bundesgesetzblatt* núm. 172/1950. Véase también la nueva Ley de Instrucción, *BGBI.* núm. 92/1959.

Tribunal Constitucional Austríaco libre de claudicación, el reglamento sigue siendo un instrumento estrictamente sometido a la ley.

Por su carácter general y abstracto, el reglamento semeja a la ley. Por reglamento debe entenderse, independientemente de su denominación concreta (orden, ordenanza, etc.) toda norma general dictada por un órgano administrativo y, por ello, tanto una norma dirigida a la generalidad como la destinada a un grupo determinado de personas no individualizadas sino caracterizadas por ciertos rasgos genéricos¹². Así, pues, está descartado el abuso de la potestad reglamentaria mediante disposiciones encubiertas dirigidas en realidad contra una persona concreta¹³. Desde 1923 el Tribunal Constitucional ha declarado que el art. 18, párrafo 2, de la Constitución sólo autoriza a dictar reglamentos de ejecución y no modificatorios, complementarios o supletivos de la ley. Sin embargo, como una ley es susceptible de aplicación mediante reglamentos debe ser suficientemente precisa, es decir, debe contener todas las características esenciales del reglamento previsto. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sustituido el principio de la "delegación legal formal" por el principio de la *predeterminación legal del contenido del reglamento*¹⁴. No sólo tienen potestad reglamentaria los órganos federales y los Estados federales sino también los órganos de las corporaciones públicas¹⁵ o de otras entidades administrativas autónomas¹⁶. El Tribunal Constitucional verifica también la legalidad de estos reglamentos (art. 139 de la Constitución), así como de las órdenes dictadas a los órganos administrativos subalternos (órdenes de servicio, instrucciones, etc.)¹⁷.

El criterio decisivo para determinar que la ley no sólo contiene una delegación formal sino una determinación constitutiva de su reglamento de aplicación es que la disposición legal autorice la verificación de la legalidad de las normas dictadas en forma de reglamento¹⁸. El Tribunal Constitucional ha derogado múltiples disposiciones legales que contienen una delegación legal formal y múltiples reglamentos que no tenían base legal en el sentido antes indicado. Naturalmente, incluso los reglamentos legales quedan derogados sin más cuando su ley de base queda abolida, sin necesidad de derogación expresa¹⁹. El principio de la delegación formal, sancionado por el régimen autoritario (1934-1938) y

¹² Sentencias del Tribunal Constitucional, Colección oficial (Slg.) 313, 1685, 2465 y 3142.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Slg. 1398.

¹⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional, Slg. 176, 1648, 1871 y 2294.

¹⁵ *Ibid.*, Slg. 1465, 1600 y 1993.

¹⁶ *Ibid.*, Slg. 1700 y 1798.

¹⁷ *Ibid.*, Slg. 313, 621, 848, 1053, 1636, 1661 y 2660.

¹⁸ *Ibid.*, Slg. 1932 y 2294.

¹⁹ *Ibid.*, Slg. 2344 y 2326.

durante la ocupación alemana (1938-1945) ha sido derogado por el párrafo 2 del art. 18 de la Constitución²⁰.

El derecho del Presidente federal de dictar reglamentos de urgencia (párrafos 3 y 5 del art. 18 de la Constitución) está delimitado muy estrictamente. En realidad, hasta ahora no ha hecho uso de esta prerrogativa. Además, los órganos de la policía de seguridad y las corporaciones también tienen derecho, igualmente limitado, a promulgar sus reglamentos (párrafo 2 del art. 4 y párrafo 8 de la Ley constitucional federal de 7 de diciembre de 1929, *Bundesgesetzblatt* num. 393). No obstante, las normas dictadas en virtud de esa potestad reglamentaria no pueden infringir leyes en vigor. Los abusos son imposibles pues también estas órdenes, ordenanzas, etc. están sometidas al control del Tribunal Constitucional (art. 139 de la Constitución).

Esta organización jurídica de Austria, que se diferencia netamente de la tendencia de confusión de poderes de otros Estados²¹, no sólo es de importancia teórica para Austria. No es un azar el que las dictaduras que ha sufrido Austria hayan violado la democracia y el imperio de la ley haciendo uso del principio de la delegación formal legal²².

IV

Como es natural, también los actos de la administración concretos e individuales: las "resoluciones" (arts. 130, 131 y 144 de la Constitución) están totalmente sometidos a la ley. Así se desprende también del párrafo 1º del art. 18 de la Constitución. La jurisprudencia y la doctrina jurídica austríacas son de opinión unánime de que todo acto de la administración necesita una base legal y no sólo los actos que intervienen en la esfera de derechos del individuo. Así se manifiesta la acción protectora y de soberanía de la ley, ya citada, e igualmente se justifica la tesis de Hans Kelsen²³ y Adolf Julius Merkl²⁴, de que la acción de las personas que obran en nombre del Estado sólo puede considerarse legítima cuando se basa

²⁰ *Ibid.*, Slg. 1871.

²¹ Consúltese, por ejemplo, la compilación: *Die Übertragung recht-setzender Gewalt im Rechtsstaat*, Francfort del Meno, 1952.

²² El régimen de Dollfuss-Schuschnigg (1934 a 1938) por medio de la Ley de plenos poderes de economía de guerra, *Reichsgesetzblatt*, núm. 307/1917 y de la Ley constitucional federal sobre medidas extraordinarias en la esfera de la constitución, *Bundesgesetzblatt* núm. 255/1934; el régimen nacionalsocialista (1938 a 1945) por medio de la Ley de satisfacción de las necesidades del pueblo y del Estado, de 24 de marzo de 1933, *Deutsches Reichsgesetzblatt* I, pág. 141.

²³ De la considerable obra de Hans Kelsen citaremos ante todo el *Reine Rechtslehre*, 1ª edición, Viena, 1934; 2ª edición, Viena, 1960.

²⁴ Véase, por ejemplo, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena-Berlín, 1927.

en normas jurídicas. Por ello el derecho administrativo no sólo es la *conditio sine qua non* de la administración²⁵ sino la *conditio per quam*. Si la administración no quiere ser ilegal, debe estar totalmente respaldada por normas legales; concretamente esto significa que “la legislación debe reglamentar al poder ejecutivo en tres sentidos: 1° debe crear los órganos encargados de cumplir las tareas administrativas y delimitar su competencia; 2° debe reglamentar el procedimiento de ejecución de sus órganos; 3° por último, debe definir el cometido de estos órganos administrativos. Debe organizar esta estructura jurídica en forma abstracta y fijar sus efectos jurídicos”.²⁶

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha declarado que nuevos tipos de órganos con una competencia especial delimitada sólo pueden ser creados por la ley. Sólo su organización interna, su división en secciones, etc. es de la competencia de la administración, que puede resolver por medidas administrativas. La cuestión de cómo se determinarán la sede y la jurisdicción de los órganos es independiente. Si el legislador ha fijado la sede y la jurisdicción de los órganos, su modificación requiere también una ley. Sólo en defecto de esa disposición legal y cuando el legislador confiere esa tarea al poder ejecutivo pueden fijarse por reglamento la sede y la jurisdicción, especialmente las de los órganos inferiores.²⁷ El Tribunal Constitucional ha declarado también²⁸ que el principio fundamental de la legalidad del ejecutivo exige que las facultades que se confieren a un órgano dentro de su competencia se especifiquen en la ley, así como los medios de ejercerlos.

Del enunciado de su competencia no pueden deducirse ni dichas facultades ni tampoco los medios de ejercerlas. La reglamentación legal de la competencia, del procedimiento y del contenido de los actos del órgano administrativo dentro de su competencia y siguiendo dicho procedimiento es, por lo tanto, un postulado de derecho constitucional.

V

Un residuo de tiempos anteriores a la época constitucional es el llamado “poder discrecional”. En este campo el Tribunal Administrativo es incompetente. Como al principio el postulado de la legalidad de la administración sólo se admitía en parte, el ámbito del poder discrecional era total y en él el fundamento de los actos administrativos no era la ley sino en definitiva la voluntad del ejecutivo.

Precisamente en el desarrollo de la cuestión del poder discre-

²⁵ Merkl, *op. cit.*, pág. 160.

²⁶ Ludwig Adamovich, *op. cit.*, 1, vol., pág. 15.

²⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional: Slg. 2650 y 2909.

²⁸ *Ibid.* Slg. 2740.

cional hay que apreciar claramente la poderosa fuerza de la idea del imperio de la ley y especialmente del principio fundamental de la legalidad de la administración. Los estrategas del imperio de la ley se sirvieron del principio de delimitación. No se podía conquistar el Estado absoluto atacándolo de frente. Así, pues, los precursores del imperio de la ley atacaron por partes y sometieron al Estado absoluto donde era preciso y delimitaron las posiciones difícilmente tomadas. Así en esta lucha surgió el concepto de poder discrecional.²⁹ No obstante, la batalla continuó. Para evitar el ejercicio ilegal de la administración se invocó la noción de "exceso discrecional" y de "abuso discrecional". Así se introdujo como requisito del acto discrecional la legalidad de sus fines y medios.

El Tribunal Administrativo consideró desde el principio como función suya delimitar estrechamente la esfera discrecional de la administración. Paulatinamente extendió su control: primero consideró de su competencia la legalidad del procedimiento del ejercicio del poder discrecional: después ligó dicha actividad al "espíritu de la ley" y por último excluyó de la esfera del poder discrecional las llamadas "nociones jurídicas indefinidas"³⁰. El Tribunal Administrativo declaró que las decisiones adoptadas en virtud del poder discrecional deben basarse en una situación prevista en un reglamento de procedimiento.³¹ Incluso si a la parte no le incumbe el fallo no obstante tiene derecho a que se siga un procedimiento irrecusable³². El poder discrecional está, pues, delimitado por el espíritu de la ley, o sea por su propósito, expreso o implícito, que debe servir el acto administrativo³³. Lo mismo opina el Tribunal Constitucional y así ha indicado que "poder discrecional" no equivale a "arbitrariedad". Incluso cuando la ley concede facultad discrecional a un órgano administrativo sólo debe hacerse uso de esta facultad dentro del espíritu de la ley. En caso contrario dicho órgano es culpable de abuso de poder y comete una ilegalidad que puede considerarse como contraria a la Constitución en cuanto la resolución discrecional se base en motivos que infrinjan un derecho reconocido por la Constitución. Por lo que respecta a las nociones jurídicas imprecisas hay que entender por ello ciertos conceptos vagos como "intereses públicos", "conveniencia", "motivos político-económicos", etc., conceptos que confieren al órgano administrativo amplia libertad de acción, pero no la basada en un poder de libre decisión

²⁹ Véase Hans Klecatsky, *Juristische Blätter* 1954, pág. 477 y ss.

³⁰ Véase Karl Erhart "Vom freien Ermessen, unbestimmten Begriffen und dem Verwaltungsgerichtshof", en *Juristische Blätter* 1948, págs. 465 y ss. y 493 y ss.

³¹ Sentencias del Tribunal Administrativo de 4 de julio de 1930, Colección oficial (Slg.) 16.255 y de 29 de abril de 1947, Slg. *Neue Folge* (N.F.) 82 A.

³² *Idem* de 7 de mayo de 1947, Slg. N.F. 89 A.

³³ *Idem* de 23 de febrero de 1950, Slg. N.F. 1265 A.

³⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional. Slg. 2602.

sino dentro de los límites imprecisos de la expresión utilizada por el legislador. Aquí interviene el control del Tribunal Administrativo³⁵.

Tampoco aquí concluye este desarrollo. El párrafo 2 del artículo 130 de la Constitución dice:

- 1) El Tribunal Administrativo conoce de las acciones intentadas por ilegalidad de las decisiones de los órganos administrativos o incumplimiento de su función de decisión.
- 2) No hay ilegalidad en la medida en que el poder legislativo no dicta el reglamento del órgano administrativo y confía su regulación a dicho órgano, siempre que éste haya hecho uso de ese poder discrecional respetando el espíritu de la ley.

Se daba a la sazón más importancia al aspecto constitucional del problema. Las representantes de la nueva fase de desarrollo³⁶ no se contentan ya con el requisito de que el poder discrecional de los órganos administrativos debía ejercerse para proteger los derechos de la parte recurrente al Tribunal Administrativo o incluso al Tribunal Constitucional. Pidieron así al legislador, consecuencia de lo dispuesto en la Constitución, que las disposiciones autorizando el ejercicio del poder discrecional, así como las disposiciones legales englobadas en la denominación "naciones jurídicas imprecisas", fueran más claras y obligaran más de cerca a la administración. La solicitud invocaba la jurisprudencia ya sentada por el Tribunal Constitucional sobre los plenos poderes legales de la administración (párrafo 2 del art. 18 de la Constitución). Puesto que el Tribunal Constitucional había proscrito la delegación formal legal por ser contraria al párrafo 2 del art. 18 de la Constitución y, por tanto, anticonstitucional, y había derogado como ilegales los reglamentos dictados en uso de dicha facultad anulada (el art. 18, párrafo 2, de la Constitución, sólo es consecuencia del principio fundamental de la legalidad de la administración tanto en los actos generales como en los individuales, enunciado en el párrafo 1º del art. 18), debía derogar también como anticonstitucionales las disposiciones legales que permitían un acto individual (resolución) sin presuponer su contenido. A la noción de poder discrecional contenida en el párrafo 2 del art. 130 de la Constitución se opone el ejercicio ilegal del libre arbitrio, del mismo modo que a la potestad

³⁵ Sentencias del Tribunal Administrativo de 14 de enero de 1952, Slg. N.F. 2411 A, y de 23 de mayo de 1952, Slg. N.F. 587 F.

³⁶ Hans Klecatsky: "Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht" en *Juristische Blätter 1954*, págs. 473 y ss. y 503 ss., "Die Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung", en *Juristische Blätter 1957*, pág. 333 y ss., "Die Problematik des freien Ermessens", en *Wirtschaftspolitische Blätter 1957*, pág. 23 y ss. Alfred Kobzina: "Die Ermessensnorm im Licht des Legalitätsprinzips", en *Juristische Blätter 1956*, pág. 492 y ss. "Zum Ermessensproblem", en *Juristische Blätter 1956*, pág. 524, "Der Staat als privatwirtschaftssubjekt", en *Österreichische Juristen-Zeitung 1961*, pág. 421 y ss.

reglamentaria, constitucional, se opone la delegación formal legal, anticonstitucional. Naturalmente, los representantes de esta nueva tendencia, al contrario de los antiguos partidarios de la doctrina del poder discrecional tenían que tener presente que, lógicamente, la diferencia entre facultad discrecional y vínculo obligatorio es casi nula, pues el carácter abstracto de la legislación administrativa, desde el punto de vista lógico y lingüístico, al concretizar las normas legales, tanto en el fondo como en la forma, deja un campo de acción que puede ser mayor o menor pero que, hablando de derechos humanos, no puede ser totalmente anulado. En realidad, todo acto concreto e individual orientado hacia la ley general abstracta, ya se llama "discrecional" u "obligatorio" es a la vez obligatorio y libre. No obstante, por lo que respecta al principio de legalidad, la diferencia entre esfera discrecional y esfera obligatoria es ya irrelevante. Los partidarios de la antigua dogmática³⁷ señalan con razón que la nueva idea tiende en principio a limitar cada vez más la esfera discrecional. Los representantes de la nueva tendencia tampoco dejan de explicar lo que entendían por "predeterminación legal" del contenido del acto individual y concreto de la administración. Del artículo 18, párrafo 2) de la Constitución, se desprende que la legislación está obligada a determinar el procedimiento de los órganos administrativos en forma verificable por el Tribunal Administrativo y el Tribunal Constitucional³⁸. Por ello, toda determinación legal del procedimiento administrativo es "suficiente" cuando permite a ambos tribunales cumplir su función de protección del Derecho. Mediante la jurisprudencia ambos tribunales pueden indicar, para cumplir su función de protección de los derechos, qué requisitos debe cumplir la ley para ser eficaz. Esta síntesis entre el principio fundamental de la legalidad de la administración y el control judicial del contenido de dicho principio transfiere toda dinámica, de la que se priva así a la legislación y a la administración, a ambos tribunales: el Tribunal Constitucional y el Administrativo fortalecen por tanto el elemento de protección del derecho inherente al ordenamiento jurídico. También esto puede considerarse como un paso "del Estado normativo al Estado judicial"³⁹, y además como un paso que no pone en peligro la conquista del "Estado normativo", sino que, por el contrario, la fortalece.

³⁷ Consúltese especialmente Erwin Melichar, *Juristische Blätter* 1956, págs. 429 y ss. y 463 y ss., en *Juristische Blätter* 1957, pág. 41 y ss.

³⁸ Leopold Werner y Hans Klecatsky: *Das österreichische Bundesverfassungsrecht*, Viena, 1961, pág. 112.

³⁹ El paso del Estado normativo al Estado judicial ha sido estudiado por René Marcic en su obra del mismo título: *Gesetzesstaat zum Richterstaat* (Viena, 1957) como una transformación que domina el desarrollo jurídico moderno. Véanse, sin embargo, los aspectos negativos de este desarrollo en Hans Klecatsky: "Der Staat von morgen", en *Juristische Blätter* 1959, pág. 14 y ss. y Fritz Werner: *Das Problem des Richterstaates*, Berlín, 1960.

Las nuevas ideas no se implantan de la noche a la mañana. Sin embargo, deben considerarse con optimismo los progresos hechos en la introducción de la nueva tesis. El Tribunal Administrativo declaró el 21 de mayo de 1958 que un órgano administrativo no está autorizado a obrar discrecionalmente si la ley no contiene normas de procedimiento obligatorio para dicho órgano. Tiene que conceder la ley de manera expresa dicha potestad reglamentaria, delimitándola claramente. El artículo 13 confiere al legislador la obligación de indicar el "espíritu" de las leyes que otorgan potestad discrecional de tal forma que sea posible apreciar, en un caso determinado, si la facultad discrecional se ha ejercido "conforme al espíritu de la ley". Las leyes que no cumplen este requisito son anticonstitucionales ⁴⁰.

El Tribunal Administrativo ha hecho suyo este principio. En una resolución de 14 de mayo de 1960 solicitó del Tribunal Constitucional que derogara por anticonstitucional una disposición de la Ley de comercio exterior porque confería al Ministerio Federal de Comercio y Reconstrucción la facultad de conceder licencias de exportación e importación sin indicar qué criterio debía seguirse en cada caso concreto. La Ley, continuaba diciendo el Tribunal, no indicaba ni expresa ni implícitamente el "espíritu" en que estaba concebida (art. 130), de forma que el Tribunal Administrativo pudiera comprobar si una licencia de exportación o importación había sido denegada arbitrariamente. El Tribunal Constitucional no siguió aquí al Tribunal Administrativo. En una sentencia de 24 de marzo de 1962 ⁴¹ indicó al Tribunal Administrativo que el espíritu de la ley podía deducirse de las siguientes expresiones del texto legal: "motivos politicoeconómicos", "ejecución de acuerdos comerciales" y "equilibrio indispensable en cada caso para conservar la estabilidad del comercio con los demás Estados". Del conjunto de disposiciones de la ley se deduce que la exportación o importación de mercancías bajo la Ley de comercio exterior no puede ser autorizada cuando es contraria al "interés económico general". Es evidente que basándose en tales normas es muy difícil el control de la administración. El Tribunal Administrativo, en su sentencia de 24 de mayo de 1962 ⁴², pidió al Ministerio Federal de Comercio y Reconstrucción que expusiera los motivos de la denegación de licencias de importación. El Tribunal Administrativo invocó en esta ocasión su función constitucional de salvaguardia del Derecho que sin tales bases no podía cumplir.

En una resolución de 12 de mayo de 1961 el Tribunal Administrativo, en otro caso del Tribunal Constitucional, impugnó una

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional: Slg. 3317.

⁴¹ Zl.G. 7/60.

⁴² Zl. 509/57 y 510/57.

disposición legal porque, a su juicio, no indicaba en qué circunstancias se debía pagar a una persona las prestaciones previstas en dicha disposición. Tampoco aquí el Tribunal Constitucional admitió esta opinión, pues en su sentencia de 17 de marzo de 1962⁴³ declaró expresamente – como lo hizo además el Gobierno que era parte en el litigio – que la ley debe determinar el procedimiento del órgano administrativo en grado que permita al Tribunal Administrativo verificar la correspondencia del acto concreto administrativo con la ley. El Tribunal Constitucional estimó que la disposición impugnada contenía dicha determinación aunque no fuese en forma muy precisa. Indicó asimismo expresamente que el Tribunal Administrativo podía substituir por conducto de los órganos administrativos la expresión “naciones jurídicas vagas” por otra que él hubiera declarado justa.

Esta es la última fase del desarrollo ininterrumpido del principio fundamental de la legalidad de la administración.

VI

El principio de la legalidad de la administración en su forma nueva nació en una situación histórica determinada. Después fue aplicado en una época en que el Estado y la sociedad se preocupaban mucho menos que hoy de la vida del ciudadano. La función protectora de la ley residía fundamentalmente, a la sazón, en proteger al individuo de la violación de sus derechos políticos y civiles. Hoy el Estado y la sociedad reconocen ciertos deberes sociales respecto del ciudadano en el aspecto económico y en el cultural. El “Estado de servicio” moderno, que ha surgido en el lugar del “Estado normativo” de ayer, ha confiado esencialmente a la administración la función de “previsión vital”, y él se ha convertido en “titular de prestaciones”⁴⁴. Se plantea así el problema de si en este campo puede seguir manteniéndose y puede seguir cumpliendo su función el principio de la legalidad de la administración.

Aunque se deje de lado la cuestión de la libertad, no se puede por menos de pensar en que precisamente en la sociedad estatal de masas de hoy día la igualdad, que es el elemento fundamental de toda noción de justicia, sólo puede realizarse por medio de la ley. Sin la ley la administración se encontraría reducida a actos concretos sin objetivo ni plan y el bienestar físico y síquico general a que tiende el Estado moderno se convertiría en el bienestar arbitrario del ciudadano protegido y en la indigencia igualmente arbitraria del ciudadano perjudicado. La ley tiene aquí, por el contrario del Estado de

⁴³ Zl.G. 5/61.

⁴⁴ Ernst Forsthoff: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1 vol., Munich-Berlín, 1956, pág. 304.

épocas pasadas, además de la función de soberanía y de protección, una función de distribución; ahora bien, esta función de protección que se asigna el Estado actual es de distinta índole: no es sólo protección contra la ingerencia del Estado, sino una protección en sentido positivo: trata de elevar y conservar un nivel de vida humanamente digno. Ello es fruto del nuevo concepto de libertad.

En la misma medida en que la ley es hoy indispensable, contrarresta sus efectos una fuerza estrechamente ligada con el nuevo tipo de Estado. El Estado, que establece prestaciones para sus ciudadanos, se encuentra obligado a crear directamente él mismo los fundamentos económicos de dichas prestaciones. El Estado en forma más o menos descentralizada mantiene en parte indirectamente, en parte con fondos propios, instalaciones o sociedades, fábricas, bancos, ferrocarriles, establecimientos de economía agrícola, hoteles, baños, empresas de pompas fúnebres, cines, teatros, etc. La administración con su burocracia de orientación técnica y economía planificada dirige y lleva a cabo la actividad económica. Para ello, para desarrollar sus planes económicos, como ocurre siempre en este campo, la administración precisa libertad de acción. Ahora bien, como ya se ha dicho en estas líneas, la libertad de la administración supone forzosamente una reducción de la libertad del individuo. Hasta hace poco tiempo la ciencia austríaca ha asistido impasible a ese estado de cosas. Creía que con las formas jurídicas del siglo XIX podía resolverse el problema. Sobre todo ha sido funesta la actitud de rígido conservatismo adoptada respecto del concepto de "administración económica privada". A este concepto, el ejecutivo de ayer oponía la noción de "administración de jurisdicción". La ciencia jurídica de ayer prestó con esta diferencia un gran servicio a la libertad. "La administración soberana", administración en que el Estado ejercía su poder imperativo de coerción, quedó sometida a la ley. Sin embargo, en la medida en que el antiguo monarca absoluto obraba como persona privada debía conformarse como los demás súbditos al ordenamiento jurídico. Como de esta forma se equiparaba el monarca, como titular de derechos privados, al "súbdito", nada más lógico que concederle sobre su patrimonio el mismo derecho de disposición que tenía el "súbdito". En lugar de los monarcas, aparecieron los funcionarios de la sociedad actual. Sin embargo, el postulado de que el Estado fuera de su "administración de jurisdicción" debe obrar como una persona privada, con plena libertad de disposición, siguió siendo válido. Se llegó así, como no podía ser menos, a esta situación: el poder real dio paso cada vez más a la "administración de economía privada". Sobre la base de la administración de economía privada se han concentrado en nombre del Estado las gigantescas fuerzas económicas que permiten llevar a cabo sin obstáculos planes del moderno "Estado de servicio". Esto significa en la práctica que los funciones de los

poderes públicos fuera de la esfera de "jurisdicción" gozan de plenas facultades discrecionales y que además el individuo que entra, desea o debe entrar en relación con esa esfera de derecho privado no goza de toda protección jurídica como frente a la administración de jurisdicción.

Aunque finalmente ya se ha puesto de relieve el carácter ficticio de la dogmática jurídica, hace tiempo abandonada y sus grandes peligros para el derecho y la libertad ⁴⁵, la fórmula de que "el Estado en la administración soberana ejerce el poder y en la esfera privada renuncia a él", sigue siendo de práctica jurídica en la actualidad. Se reconoce generalmente que la disposición del artículo 18 de la Constitución que somete a la ley toda la administración del Estado también es aplicable a la administración como persona privada, pero las consecuencias jurídicas de ese principio de la administración de jurisdicción no se aplican arbitrariamente a la administración como persona privada. Las subvenciones financieras concedidas por el Estado para contribuir al desarrollo social constituyen un caso especial pues, a pesar de su finalidad, se rigen por la "administración de economía privada" y, por tanto, no están sujetas a un ordenamiento legal ⁴⁶. No obstante, en los últimos tiempos, ha aparecido también aquí una nueva orientación del ordenamiento jurídico ⁴⁷ y esperamos que se traducirá en resultados concretos.

No hay duda de que no es fácil someter al Estado económico de hoy a normas legales que le permitan desarrollar dicha actividad sin arbitrariedad. Precisamente en el campo del derecho comercial existen las disposiciones discrecionales, los cheques en blanco, las disposiciones elásticas ⁴⁸, etc. Sin embargo, hay ejemplos alentadores de ordenamiento legal de dicho campo administrativo. Además, los pretextos aducidos contra la legalización de la administración económica privada son casi literalmente los mismos que al principio de la era del imperio de la ley se invocaron contra la legalización de toda la administración. El autor de estas líneas no duda de que un día el concepto ya vacío de "administración de economía privada" desaparecerá obscuramente como antes terminó el antiguo absolutismo de la administración.

⁴⁵ Hans Klecatsky: *Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht, Die Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung, Die Problematik des freien Ermessens*; Félix Ermacora: "Die Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes in der Verwaltung und die Effektivität des Rechtsstaates" en *Juristische Blätter* 1956, pág. 142 y ss.; Alfred Kobzina: *Der Staat als Privatwirtschaftssubjekt*.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional: Slg. 3262.

⁴⁷ Véanse los trabajos de Hans Weiler, Hans Klecatsky, Félix Ermacora y Fritz Kohl en *Wirtschaftspolitische Blätter* 1959, pág. 127 y ss. así como de Ermacora, Klecatsky, Ringhofer y Weiler en *Österreichische Juristen Zeitung* 1960, pág. 172 y ss.

⁴⁸ Hans Klecatsky: *Die Problematik des freien Ermessens*.

VII

No hay que pasar por alto que el futuro parece pertenecer al principio de la legalidad administrativa, tanto más cuanto que en el campo del comercio internacional estatal se manifiesta un gran desarrollo estatutario del derecho de gentes. Este hecho parece ser fruto de la concreción del ordenamiento jurídico del Estado que tiene lugar por doquier y que, por otra parte, es a su vez fruto de la concreción del derecho interno. Los ordenamientos jurídicos basados en el principio de la legalidad de la administración no conceden a sus órganos administrativos para concluir acuerdos internacionales o, en general, para representar al Estado en el extranjero más libertad que la que pueden ejercitar en el interior del país. También en el ordenamiento jurídico austríaco puede observarse este hecho. Los tratados internacionales políticos o modificatorios de la ley necesitan para su validez la aprobación del Parlamento. Las decisiones del Parlamento que aprueban acuerdos internacionales que modifican la Constitución deben cumplir, en virtud del párrafo 2 del art. 50 de la Constitución, los mismos requisitos prescritos para las leyes constitucionales (párrafo 1º del art. 44 de la Constitución). En virtud del art. 9, las normas de derecho internacional reconocidas generalmente rigen como parte del derecho federal. Por ello los órganos del Estado austríaco también están obligados por estas disposiciones en su actividad diplomática, incluso en la ausencia de *tratado internacional*.

Es evidente que la estabilidad de las relaciones asegurada por estos vínculos permite que los actos del Estado en la esfera internacional sean previsibles para los miembros de la comunidad internacional como lo son para el individuo los actos del Estado en su esfera interna. Esta posibilidad de prever los actos no sólo es un elemento de estabilidad sino que constituye para el Estado un elemento fundamental del derecho, de confianza mutua, de orden y, por lo tanto, de paz. Como consolidación de esa paz aparecen hoy muchos puntos de base para construir un Estado mundial dominado por el principio de la legalidad del ejecutivo, un Estado constitucional mundial⁴⁹. Esto prueba que el principio de la legalidad del ejecutivo es más que una simple máxima jurídica formal como gustan decir con desdén los partidarios del arbitrio administrativo.

VIII

Como es natural, el autor de estas líneas no cae en el error de creer que el principio de la legalidad de la administración sea una

⁴⁹ Ernst Jünger: *Der Weltstaat*, Stuttgart, 1960.

panacea que permita resolver todos los problemas. Ya se ha dicho que este principio sólo puede garantizar la conservación del Estado en unión con otros principios elementales del derecho constitucional. Para imponer estos principios es preciso además que haya siempre hombres dispuestos a ponerlos constantemente en práctica, pues los principios sólo tienen el valor que puede reclamar la realidad generada a través de ellos. Ahora bien, la realidad será siempre un presente, es decir, concreta.

Los partidarios del libre arbitrio con afectada candidez y los románticos del derecho que viven en el pasado con verdadera candidez objetan que el principio de la legalidad de la administración aumentaría mucho el número de leyes y que muchas leyes no son de desear. La multiplicidad de leyes no es en verdad producto del principio de la legalidad de la administración; obedece este hecho a que el poder colectivo en la vida del hombre de hoy día se ha convertido casi en omnipresente. No es una cuestión de derecho sino de técnica, economía, política y otras fuerzas colectivas que determinan la vida social. El jurista al que se hacen reproches injustificados de esta naturaleza se encuentra en la misma situación que el médico al que se reprochara que cuida muchas enfermedades con muchas medicinas y que sería mejor estar sanos sin utilizarlas. Naturalmente, sería mejor estar sanos sin medicamentos y, sin ninguna duda, mejor aún vivir sin necesidad de ley en un régimen de derecho, orden, libertad y paz. No obstante, el jurista, como el médico libra batalla contra la muerte, debe luchar sin cesar contra toda injusticia.

HANS KLECATSKY *

* Magistrado del Tribunal Administrativo de Austria.

REFLEXIONES SOBRE EL IMPERIO DE LA LEY

I

En el ocaso de una vida consagrada a la lucha por el derecho en las esferas más diversas: enseñanza, divulgación, gobierno y resistencia nacional, legislación, negociaciones internacionales, funciones judiciales, libros y artículos, me enorgullece colaborar con eminentes autores, originarios de todos los continentes, en la obra que, para celebrar su décimo aniversario, la Comisión Internacional de Juristas dedica al imperio de la ley.

Otros más calificados estudian las consecuencias principales de la idea de que el Estado está sujeto, en su legislación, gobierno y administración, al imperio de la ley, entendido en el sentido más amplio de la expresión, es decir, de modo que abarque a la vez la ley escrita y la norma no escrita. Algunos harán con autoridad el balance de los trabajos publicados a lo largo de diez años en la *Revista* y el *Boletín* y el de los realizados en los Congresos de Atenas (1957) y Nueva Delhi (1959) y en la Conferencia de Lagos (1961).

Por mi parte, tras evocar la solidez de la obra por el imperio de la ley, procuraré modestamente poner de manifiesto, a la luz de la experiencia adquirida, algunas razones más y ciertas perspectivas que nos llevan a luchar con mayor fe en pro de una condición más justa y fraterna del hombre en la tierra.

II

Proclamar el gran objetivo común, consistente en reprimir el instinto de violencia, eliminar lo arbitrario así en los diversos grupos sociales, comprendidos los Estados, como en sus relaciones mutuas y hacerlo bajo la égida de normas jurídicas respetadas, al amparo de un orden social favorable a la dignidad, a la seguridad del ser humano y al mismo tiempo al progreso social: ésta es la gran base sobre la cual juristas, sociólogos y técnicos, pertenecientes a naciones viejas y jóvenes y con instituciones políticas y sociales distintas, pueden relacionar sus concepciones y trazar grandes planes de acción convergente.

Los campeones del imperio de la ley han tenido hasta ahora el gran acierto de no dispersar sus esfuerzos en la búsqueda de definiciones demasiado detalladas o inspiradas en las doctrinas que dominan en su propio ambiente. Han eliminado, con razón, las

nociones simplistas, sean éstas la concepción técnica del principio de juridicidad formal, correcta en sí, pero hondamente insuficiente y hasta peligrosa, o la que erige el derecho en cuerpo de reglas de conservación social ciega que anquilosa a la sociedad y a los derechos individuales en un orden estático, en un inmovilismo esterilizador. La evolución no puede ser vivificada sin recurrir a principios fundamentales inagotablemente ricos en nuevas aplicaciones, a saber, la dignidad del hombre, ser libre y sujeto de derecho, y la aspiración a la justicia, que implica el trato en pie de igualdad de todos los miembros de la sociedad. El imperio de la ley sólo puede concebirse y realizarse donde los derechos del hombre se reconocen y respetan plenamente.

III

Lo recíproco es cierto y los autores de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo expresaron claramente en el preámbulo de este instrumento capital, no incorporado a la Carta pero inspirado en los propósitos en ella proclamados. Así, consideraron "esencial que los derechos del hombre sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión".

Asimismo, pusieron especial cuidado en no atribuir importancia *exclusiva* a uno solo de los elementos del imperio de la ley, sean éstos la libertad y la seguridad, que fueron los *leitmotiv* de las declaraciones de derechos que han inspirado las instituciones democráticas de los pueblos occidentales desde el siglo XVIII al XX (América, Francia, Inglaterra, etc.) o al contrario al elemento igualdad y solidaridad social que preside las constituciones de las democracias populares y socialistas. Animados por un "idealismo práctico", en armonía con los consejos de Maritain, procuraron fijar una norma mínima común a todos los componentes de la humanidad y elaborar un programa equilibrado y armonioso sobre la base de cuatro principios: libertad, igualdad, no discriminación y fraternidad.

Trataron de no descuidar ninguno de los derechos y libertades fundamentales del hombre, útiles para darle la posibilidad de desarrollar su personalidad, derechos y libertades que clasificaron en cuatro grupos de igual importancia: libertades y garantías de orden personal; relaciones con los grupos humanos y posesión de bienes; facultades espirituales, libertades públicas y derechos políticos, y derechos económicos, sociales y culturales. Tampoco omitieron recordar los deberes recíprocos de los individuos y de la misma comunidad y fijaron los límites que el hombre o una sociedad democrática no pueden respectivamente franquear.

Por último, los autores de la Declaración, conscientes de que no redactaban un instrumento jurídicamente obligatorio, indicaron breve pero vigorosamente los principales medios constructivos, preventivos, correctivos e incluso represivos a los que es necesario recurrir para realizar progresivamente el ideal enunciado por los representantes de los pueblos en la Asamblea General de las Naciones Unidas. En primer lugar, figuran la enseñanza y la educación de los seres humanos, consideradas como las claves para cambiar las mentalidades; luego, las medidas progresivas de orden nacional o internacional que han de tomar las autoridades competentes de los diversos Estados. Hay también los recursos efectivos y, en particular, los judiciales al alcance de toda persona víctima de una violación de sus derechos fundamentales (art. 8). Y finalmente se prevén las penas en que pueden incurrir los autores de las infracciones.

IV

Así, sin que deban examinar en detalle la Declaración Universal, los defensores del imperio de la ley ven en este instrumento un apoyo incomparable cuyo dinamismo político y moral, lejos de amortiguarse con los años, se manifiesta cada vez más.

Si al comienzo la Declaración se concibió principalmente como una protesta de la conciencia humana contra las múltiples atrocidades y actos monstruosos que precedieron, provocaron y acompañaron la segunda guerra mundial y se describió como reacción vigorosa de la colectividad organizada de los pueblos que habían sufrido, siquiera indirectamente, los embates de la guerra, en realidad su solidez se debe a que responde a las necesidades permanentes y a las aspiraciones de todos los pueblos de la tierra, tanto a las de los hombres que han alcanzado en su país un nivel de vida, cultura y libertad relativamente elevado, como a las de las masas humanas en condiciones de subdesarrollo, que no pueden saciar su hambre, no saben leer y son víctimas de la opresión, el miedo y la miseria.

A pesar de sus imperfecciones inevitables de fondo y de forma, la Declaración, aprobada con entusiasmo por los representantes de cuarenta y ocho naciones, con ocho abstenciones y sin ningún voto en contra, sigue recibiendo el apoyo de las grandes corrientes espiritualistas, racionalistas y materialistas que orientan a la humanidad del siglo XX fuera de los caminos de la violencia, el racismo y el desprecio del hombre. Cada vez que un Estado independiente se constituye o renace y, con mayor razón, cada vez que se efectúa la admisión de un nuevo miembro en las Naciones Unidas o en un organismo internacional especializado, nada mejor que las autoridades de ese Estado declaren en su Constitución o en otros ins-

trumentos (acta de adhesión, solicitud de ingreso, etc.) que profesan los principios de la Declaración.

En definitiva, por la amplitud de su contenido y la universalidad de su radio de acción territorial y personal, ésta es la expresión y el vehículo más activo del imperio de la ley.

V

Importa ahora preguntarse sobre qué puntos esenciales de aplicación deben concentrar sus esfuerzos más apremiantes los paladines del imperio de la ley.

Hagamos primero referencia a la esfera nacional. En la condición actual del mundo en que un gran número de Estados, habitados por una población abundante, padecen de la insuficiencia de su producción económica y de sus estructuras, diremos, ampliando la célebre fórmula del revolucionario Danton, que "junto con el pan y la instrucción una buena administración es el primer requisito de los pueblos".

Por "administración" no hay que entender sólo los órganos de decisión política y de carácter técnico, calificados por la competencia, la integridad y la eficiencia de sus miembros. Gobernantes y funcionarios deben acostumbrarse a trabajar en el marco de normas imparciales y a respetarlas incluso si están investidos de vastas atribuciones, y han de soportar las críticas formuladas públicamente en virtud de la libertad de expresión, la existencia de recursos administrativos jerárquicos y el empleo de recursos judiciales contra los abusos y daños causados a particulares y contra los excesos de poder que inevitablemente cometan algunos administradores.

Ya en 1949 el señor Torres Bodet, el entonces director general de la UNESCO, consideraba como uno de los primeros deberes de esa entidad difundir la Declaración y emprender la labor universal de educación a ella inherente. Desde hace unos seis años, la División de Derechos Humanos de las Naciones Unidas organiza seminarios y reuniones de jurisconsultos y estadistas en una región determinada (Asia oriental, América latina, África central, etc.) en los que, a lo largo de varias jornadas, se estudia un gran problema, por ejemplo, las reglas de procedimiento penal o los medios preventivos o recursos reparadores de los excesos de poder y abusos de la administración. Esta obra de educación mutua ha dado ya frutos y, como la Conferencia de Lagos, ha revelado la existencia de notables personalidades en los cuatro puntos cardinales. Jamás se alentará bastante esta actividad.

Ahora bien, hay que superar el marco educativo. En el organismo y estructura de los Estados nuevos o renovados han de

integrarse constitucional o legislativamente los mecanismos destinados a la formación y perfeccionamiento de los funcionarios e instituciones que tienen a su cargo velar por el respeto del imperio de la ley y sancionar sus violaciones. Cuanto antes se creen buenos mecanismos y se afirmen las buenas costumbres, tanto menores serán los riesgos de arbitrariedad u opresión de los ciudadanos, contribuyentes y subordinados. Así, el capítulo de la Constitución de la Nigeria independiente relativo a los derechos humanos que contiene garantías cuya definición procede en gran medida del Convenio Europeo de 1950 fue promulgado el 24 de octubre de 1959, bastante antes de la proclamación de la independencia. Asimismo, en virtud de la Constitución senegalesa de 29 de agosto de 1960 se creó un Tribunal Supremo que empezó a funcionar el 14 de noviembre. El Tribunal determina en particular la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de las decisiones adoptadas en última instancia por los tribunales de carácter administrativo y de los recursos de nulidad contra las decisiones administrativas.

Si, al revés, la conquista reciente de la independencia nacional ofreciera un pretexto a los poderes públicos para gobernar al margen de toda norma jurídica, sería sobremanera difícil remontar la corriente de los malos usos. Serían necesarias decenas de años para imponer a administradores reacios los sistemas de vigilancia laboriosamente instaurados en los países democráticos: vigilancia del parlamento, de la prensa y de la opinión, vigilancia de la autoridad jerárquica o de un alto funcionario especializado, *a fortiori* vigilancia de un tribunal independiente con jurisdicción general o específicamente administrativo.

Claro está, los países organizados desde hace tiempo no están liberados de la obligación de perfeccionar sus instituciones en relación con las nuevas necesidades.

Así, en Francia la jurisdicción general en primera instancia administrativa fue transferida el 1º de enero de 1954 del Consejo de Estado a tribunales más cercanos de quienes están sujetos a su competencia, los tribunales administrativos. El Consejo de Estado es ahora la instancia única de apelación para toda Francia, sin perjuicio de su función de órgano de casación respecto de las decisiones de otros tribunales administrativos. Por la ley denominada *Tribunals and Inquiries Act, 1958*, Inglaterra ha iniciado una importante reforma destinada a instaurar un sistema de alta fiscalización administrativa sobre el funcionamiento coordinado de gran número de tribunales administrativos y también de fiscalización judicial de la *High Court* sobre las decisiones de estos órganos. Noruega se ha inspirado en el ejemplo de Suecia, Finlandia y Dinamarca para instituir el comisario parlamentario para la administración civil. Polonia ha completado su sistema de fiscalización, inspirado en la Prokuratura soviética, con recursos contenciosos.

VI

La atención de los defensores del imperio de la ley ha sido atraída en primer lugar por la necesidad de obrar de modo que las estructuras de cada Estado y la mentalidad de los círculos dirigentes se orienten hacia la aceptación y aplicación práctica del principio de juridicidad.

Su segunda tarea consiste naturalmente en velar por que las estructuras así preparadas, los órganos e instituciones así creados, no tengan un carácter teórico sino que funcionen realmente por impulso del gobierno o de la administración o por iniciativa de los particulares y clientes de la justicia investidos de ciertas facultades y derechos de recurso.

Ahora bien, esa tarea es extremadamente importante. En primer lugar, los poderes públicos de un Estado quizá habrán tomado, por propia iniciativa, medidas ambiciosas. Por ejemplo, gracias al conocimiento del derecho comparado, habrán aprovechado el ejemplo dado en un Estado vecino o de civilización semejante para realizar una reforma favorable a una categoría social. O bien, y éste es el caso de Nigeria ya mencionado, han recibido de la potencia ex colonizadora una institución excelente como el *habeas corpus* o la *High Court* protectora de los derechos del hombre. Conviene además alentar a los ciudadanos a recurrir efectivamente a esas instituciones y procurar que no les detenga el *temor de represalias*.

La intervención de los partidarios del principio de juridicidad no es menos útil en el interior del país cuando las medidas de carácter nacional han sido tomadas por un Estado en concierto con uno o varios Estados pertenecientes, por ejemplo, a la misma región o en virtud de un convenio de carácter universal concertado, por ejemplo, bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

En tales casos, lo internacional es el movimiento ideológico en que se basa el avance; lo es también el método seguido para que los Estados dispuestos a afianzar este avance no corran el riesgo de pagar solos su precio y de que el "paso adelante" de orden social, cultural y económico sea dado de manera simultánea o casi simultánea por el mayor número posible de Estados pertenecientes a grupos distintos.

No por ello es menos cierto que, a reserva de la diversidad de los medios jurídicos aptos para integrar en el derecho nacional de cada Estado signatario las disposiciones concretas contenidas en un convenio internacional, éstas se han convertido en un momento determinado en normas jurídicas de cada uno de los países que lo han firmado o ratificado o que han manifestado su adhesión.

A partir de la firma del convenio, cada Estado ha tenido la obligación de someterlo al órgano nacional competente para ponerlo en vigor por los procedimientos apropiados. Sin embargo, a partir

de la puesta en vigor, nace otra responsabilidad fundamental: la de velar por la aplicación práctica del convenio.

Por consiguiente, se comprende muy bien que en el mismo umbral de los dos proyectos de pactos generales interrelacionados de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas elaboró de 1948 a 1954 y que siguen siendo objeto de examen en los sucesivos periodos de sesiones ordinarios de la Asamblea General, la Comisión haya aceptado disposiciones de orden general que formulan y precisan la manera en que los Estados desempeñarán su responsabilidad primordial.

Una técnica análoga se ha aplicado en más de cien convenios con objetivos concretos, aprobados bajo la égida de la Organización Internacional del Trabajo. A título de ejemplo, es interesante poner de relieve algunas estipulaciones de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960¹ y ratificada por algunos países.

Como conclusión de esta sección, subrayemos que incumbe a los campeones del imperio de la ley, tras haber laborado a menudo con éxito para reducir el ámbito de lo arbitrario en el país respectivo mediante el reconocimiento de un derecho o la garantía de una libertad, velar por que los diversos órganos del Estado cumplan sus responsabilidades fundamentales y por que la rutina o el miedo no traben el ejercicio normal por los particulares del derecho o facultad que se les reconoce.

¹ Artículo 3 de la Convención de 14 de diciembre de 1960:

A fin de eliminar o prevenir cualquier discriminación en el sentido que se da a esta palabra en la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a:

- a. Derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza;
- b. Adoptar todas las medidas necesarias, inclusive disposiciones legislativas, para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza;
- c. No admitir, en lo concerniente a los gastos de matrícula, la adjudicación de becas o cualquier otra forma de ayuda a los alumnos, ni en la concesión de permisos y facilidades que puedan ser necesarios para la continuación de los estudios en el extranjero, ninguna diferencia de trato entre nacionales por los poderes públicos, salvo las fundadas en el mérito o las necesidades;
- d. No admitir, en la ayuda, cualquiera que sea la forma que los poderes públicos puedan prestar a los establecimientos de enseñanza, ninguna preferencia ni restricción fundadas únicamente en el hecho de que los alumnos pertenezcan a un grupo determinado;
- e. Conceder, a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales.

VII

Examinemos ahora más de cerca los aspectos internacionales del imperio de la ley; con este fin haremos especial hincapié en el problema de la protección internacional de los derechos humanos.

A este respecto las dificultades con que nos enfrentamos son particularmente arduas porque, en el estado actual del derecho internacional positivo, los principios de independencia y soberanía de los Estados y los de igualdad jurídica y reciprocidad de trato entre Estados siguen todavía en pie. La Carta de las Naciones Unidas los ha reafirmado y el famoso párrafo 7 del artículo 2 de la Carta prohíbe las ingerencias exteriores en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados.

En realidad, cuando un Estado reprocha a otro, fundándose en el derecho a proteger diplomáticamente a sus ciudadanos, haber molestado, haber permitido que se molestara o haber expropiado sin indemnización a uno de éstos, la reclamación ha de presentarse en negociaciones directas o por cualquier otro medio de solución pacífica, por ejemplo, un recurso a la conciliación, al arbitraje o a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.

Sin embargo, cuando la víctima de un abuso o de una violación del imperio de la ley en un país es ciudadano de este mismo país, cabe esperar que a las observaciones de otros Estados el primero oponga el refrán "cada uno es rey en su casa" con mayor fundamento que lo hizo Hitler en 1933, antes de abandonar con estrépito la Sociedad de las Naciones, respecto a la reclamación de

Artículo 4

Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen, además, a formular, desarrollar y aplicar una política nacional encaminada a promover, por métodos adecuados a las circunstancias y las prácticas nacionales, la igualdad de posibilidades y de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial, a:

- a. Hacer obligatoria y gratuita la enseñanza primaria, generalizar y hacer accesible a todos la enseñanza secundaria en sus diversas formas; hacer accesibles a todos, en condiciones de igualdad total y según la capacidad de cada uno, la enseñanza superior; velar por el cumplimiento por todos de la obligación escolar prescrita por la ley;
- b. Mantener en todos los establecimientos públicos del mismo grado una enseñanza del mismo nivel y condiciones equivalentes en cuanto se refiere a la calidad de la enseñanza proporcionada;
- c. Fomentar e intensificar, por métodos adecuados, la educación de las personas que no hayan recibido instrucción primaria o que no la hayan recibido en su totalidad, y permitirles que continúen sus estudios en función de sus aptitudes;
- d. Velar por que, en la preparación para la profesión docente, no existan discriminaciones.

un particular israelita que se amparaba en un convenio formal de 1922 para la protección de las minorías en la Alta Silesia, así la alemana como la polaca.

Ahora bien, en el terreno humanitario, es indispensable que se oigan las protestas de la opinión mundial e incluso que los Estados intervengan para poner fin a actos indignos de toda sociedad civilizada. Mucho antes de que se organizara jurídicamente la colectividad humana en la Sociedad de las Naciones y las Naciones Unidas, las potencias concertaron la lucha contra la esclavitud y la trata de esclavos y para terminar las matanzas a las que todavía no se llamaba genocidios. ¿Cómo podemos aceptar que la creación de instituciones universales legitime un retroceso y, al contrario, no tenga por efecto acelerar la evolución del derecho internacional hacia una mejor protección de los derechos elementales del hombre, en particular mediante el desenvolvimiento y el respeto del imperio de la ley en cada Estado?

Éste es precisamente el rumbo que en la actualidad se sigue. En lo internacional, la lucha por el imperio de la ley se libra en varias direcciones convergentes hacia el mismo objetivo bajo la inspiración de tres ideas rectoras:

- a) reducir la esfera reservada a la competencia exclusiva de los Estados;
- b) instituir procedimientos y órganos de vigilancia que permitan a cada Estado miembro participar en la prevención y, si procede, en la corrección de las infracciones del imperio de la ley, y
- c) conferir un derecho de iniciativa directa o de queja a los particulares que se consideren víctimas de actos en violación del imperio de la ley, así como a colectividades, agrupaciones u órganos intergubernamentales distintos de los Estados.

Sin estudiar a fondo cada uno de estos procedimientos, convendrá preguntarse en qué terrenos es más oportuna la actuación de los paladines del imperio de la ley.

VIII

De los esfuerzos desplegados para reducir las esferas reservadas a la competencia exclusiva de los Estados,

- a) unos están encaminados a conseguir la *interpretación* más restrictiva posible del párrafo 7 del artículo 2 de la Carta;
- b) otros tienden abiertamente a crear nuevas *normas internacionales* para reglamentar materias reservadas hasta ahora a la competencia exclusiva de cada Estado o de clasificación incierta.

a) El primer método ha sido utilizado, y sigue siendo utilizado a menudo, en los debates de la Asamblea General o de otros órganos de las Naciones Unidas. Tiene por objeto ejercer una

presión de la colectividad internacional sobre el Estado acusado de seguir una política contraria a la Carta o a la Declaración Universal de Derechos Humanos; por ejemplo, el grave problema de la *apartheid* en Sudáfrica se airea constantemente ante las Naciones Unidas. Sin embargo, ha habido otros, entre ellos la suerte de las esposas de origen soviético a las que se ha prohibido salir de su país para reunirse con sus maridos extranjeros.

Lo que ha estimulado debates de pura propaganda política por parte de Estados muy inclinados a invocar el párrafo 7 del artículo 2 en los asuntos que les conciernen es la situación particular de que son objeto los derechos humanos en la Carta. ¿Acaso promover el respeto de éstos no figura entre los fines de las Naciones Unidas y en las atribuciones de muchos órganos (arts. 13, 62, 64 y 68), entre los objetos de una cooperación obligatoria de los Estados Miembros (arts. 55 y 56) y entre los casos de intervención del Consejo de Seguridad si hay amenaza para la paz?

Lejos de dar lugar a resultados útiles y progresivos, las polémicas han suscitado frecuentemente una jurisprudencia caótica, sujeta a los azares de las circunstancias políticas y que ha dado demasiado a menudo pie para el reproche: "Esto es la ley del embudo". Con sentimiento, hemos de expresar el temor de que los partidarios del imperio de la ley no podrán lograr verdaderamente una *interpretación* equilibrada y armoniosa del párrafo 7 del artículo 2 por órganos políticos.

b) En la *vía normativa*, creando abiertamente nuevas normas jurídicas de carácter nacional en materias hasta ahora reservadas a la competencia exclusiva de cada uno de ellos, los Estados, alentados por la opinión culta, han conseguido los éxitos más notables desde los días del siglo XIX en que las primeras medidas concertadas tuvieron por fin prohibir la esclavitud y poner coto a la trata de esclavos. Se concluyeron luego muchos convenios sobre derecho internacional privado, los derechos de propiedad intelectual y el derecho penal internacional.

Desde 1919 se han concertado bajo los auspicios de la OIT más de cien convenios universales relativos al trabajo.

En lo que concierne a las Naciones Unidas, debe mencionarse como primer ensayo la imperfecta Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio, en vigor, pero que ha de ser completada por la creación de un Tribunal Internacional de Justicia Penal.²

² Conviene hacer también referencia a las disposiciones del artículo 2 de los Tratados de paz concertados en 1946 por algunas potencias aliadas con Bulgaria y Hungría y al artículo 3 del Tratado con Rumania, cuya inejecución dio lugar a las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia de fechas 30 de marzo y 18 de julio de 1950. No ha podido funcionar efectivamente el sistema de tutela internacional de los derechos humanos creado por dichas disposiciones.

Los dos proyectos interrelacionados de pactos generales de derechos humanos, elaborados por la Comisión de 1948 a 1954, son objeto de debate desde este último año por la Asamblea General que ni siquiera ha terminado los textos sustantivos. Esta lentitud quizá se deba a que algunos han querido abarcar demasiado de un solo apretón, a que otros quieren contraer compromisos que van más allá de los principios de la Declaración Universal dejando para más adelante hacer amplias reservas y a que otros, en fin, como los Estados Unidos, manifiestan renuencia por convenios tan mal vistos por su Senado.

Pasaremos revista a algunas consecuencias enfadosas de este retraso. Por lo demás, se realiza mientras tanto un trabajo intenso por medio de pactos con un objeto particular que crean normas uniformes en sectores hasta ahora absolutamente reservados: condición civil y derechos políticos de la mujer, trabajo forzoso, prohibición de discriminaciones en materia de empleo y colocación; así, bajo los auspicios de la UNESCO, se concertó el 14 de diciembre de 1960 la Convención, paralela y muy avanzada, relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza.

Ahora bien, el hecho más digno de atención es la conclusión, el 4 de noviembre de 1950, por los países miembros del Consejo de Europa del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, cuyo primer título, intensamente inspirado en el primer anteproyecto de la Comisión de las Naciones Unidas, relaciona y define, de los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal, una primera lista de derechos civiles y cívicos reconocidos y garantizados en adelante obligatoriamente por los Estados Partes. El primer protocolo suplementario completó la lista el 20 de marzo de 1952. El segundo, relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, aprobado en 1960 por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, está siendo estudiado por el Comité de Ministros.

Paralelamente, los trabajos iniciados en 1948, en Bogotá, para elaborar una declaración interamericana se han reanudado en la América latina con vistas a la conclusión de una convención pareja al Convenio Europeo. Un convenio africano análogo está siendo objeto de estudios preliminares.

Conviene, en general, aprobar y favorecer la revolución pacífica y silenciosa que consiste en internacionalizar vastas materias hasta ahora comprendidas en la esfera de la jurisdicción exclusiva de los Estados y añadir a las obligaciones y garantías asumidas por cada Estado parte en los convenios normativos la responsabilidad de la colectividad internacional interesada, universal o regional, pero tenemos que denunciar el riesgo de que, a causa de la ausencia prolongada de pactos internacionales de derechos humanos, los regionales rompan el equilibrio que caracteriza la Declaración Uni-

versal y se llegue a definir los derechos del hombre europeo, americano, africano o asiático, con matices contrarios al objetivo perseguido desde 1948. Sin duda, estas definiciones son necesarias para servir de base a los compromisos mencionados. Por eso, los partidarios del imperio de la ley deben procurar a la vez apresurar la aprobación, por la Asamblea General, de pactos generales uniformes y eliminar en los regionales todas las disposiciones disonantes con la necesaria universalidad de los derechos y libertades del hombre.

IX

La institución de procedimientos especiales y hasta de órganos internacionales para velar por el respeto de las normas jurídicas internacionales puestas en vigor contractualmente, que complementan las garantías habituales del derecho internacional, constituye la segunda modalidad tipo de esfuerzo constructivo en pro del imperio de la ley.

Se forma entre los Estados partes en un convenio una especie de sociedad en la que cada uno ha de rendir cuentas, pero en la que también tiene empeño en prevenir eventualmente los errores y flaquezas de las demás partes o en pedir su cese y hasta su reparación aunque no se haya lesionado ninguno de sus intereses directos o los de sus ciudadanos.

Distingamos el caso de la fiscalización general preventiva del caso en que existe motivo de queja en circunstancias particulares.

a) Una de las garantías preventivas más prácticas consiste en obtener de cada Estado parte en un convenio un informe ocasional (por ejemplo, previa petición del secretario general de las Naciones Unidas) o periódico sobre "los resultados obtenidos y los obstáculos que haya encontrado" en la aplicación de uno o varios convenios.

La Constitución de la OIT, revisada en Filadelfia, constituye a este respecto un modelo precioso. Los Estados Miembros de la Organización se obligan a presentar una memoria anual sobre las medidas que hayan adoptado para poner en ejecución los convenios o en la que explican por qué no lo han podido ratificar. Todas estas memorias son objeto de minucioso examen por una Comisión permanente de expertos muy calificados que presenta sus conclusiones al Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo con vistas a su examen por la Conferencia General.

Por desgracia, los autores de la Carta de las Naciones Unidas no previeron nada semejante, salvo para los Estados que administran territorios no autónomos. Sabemos ahora cuán difícil es colmar esta laguna. La Convención suplementaria de 1956 sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas

análogas a la esclavitud es objeto de un desprecio total por algunos Estados signatarios. En fecha tan tardía como 1956 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas consiguió, después de la aprobación del Consejo Económico y Social, la institución de un informe trienal de los Estados Miembros sobre la manera en que protegen los derechos del hombre, y esto siguiendo el orden de los artículos de la Declaración. Sesenta y un Estados respondieron en 1961 a este llamamiento con la presentación del segundo informe trienal. Ahora bien, el método seguido para examinar estos informes no está todavía a la altura del esfuerzo pedido a los gobiernos y habrá de ser perfeccionado.³ Debería recabarse con prudencia el concurso de las organizaciones no gubernamentales.

La UNESCO tiene también un Comité de Informes; sin embargo, éste tendrá ciertamente necesidad de asistencia técnica comparable a la que recibe la OIT, cuando examine los informes prescritos por la Convención de 14 de diciembre de 1960 y la Recomendación de la misma fecha.

b) Independientemente de los métodos jurídicos generales para la solución pacífica de las controversias internacionales, la institución de órganos encargados especialmente de estudiar quejas — las presentadas por un Estado parte contra las violaciones imputadas a otro — ha sido una de las primeras preocupaciones de los que atribuyen al respeto de la norma jurídica internacional la importancia debida.

También a este respecto la Constitución de la OIT ha dado el ejemplo al instituir ciertos procedimientos para el examen de quejas. Recientemente esta Organización y el Consejo Económico y Social crearon un órgano especial común para examinar los presuntos casos de violación de las libertades sindicales.

En el proyecto de pacto general de derechos civiles y políticos del hombre, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha previsto la creación de un órgano permanente denominado "Comité de Derechos Humanos" que estaría compuesto de relevantes personalidades designadas a título individual y elegidas por la Corte de La Haya de una nómina presentada por los Estados partes en el pacto; el Comité tendría por misión, como órgano de conciliación y buenos oficios, resolver las reclamaciones de los Esta-

³ En la reunión celebrada en 1962 por la Comisión de Derechos Humanos se han logrado a este respecto algunos mejoramientos, que todavía no han entrado en vigor.

En el proyecto de pacto de derechos económicos, sociales y culturales sometido por la Comisión a la Asamblea en 1954 se requiere también a los Estados partes que presenten informes periódicos sobre la ejecución de los compromisos contraídos, en la medida en que los informes de los organismos especializados no faciliten datos suficientes.

dos partes (o de uno solo) contra otros. La intervención de la Corte Internacional de Justicia está igualmente prevista en último término. Sin embargo, esas propuestas no han sido examinadas todavía por la Asamblea General. Cabe ya prever que algunas delegaciones resucitarán la propuesta de crear un fiscal general o ministerio público de las Naciones Unidas, que tendría también el derecho a denunciar ante el Comité de Derechos Humanos los infracciones de que tuviera noticia. Por este motivo, el carácter permanente del Comité suscitará oposiciones, así como el derecho del Estado reclamante a obligar al otro Estado acusado a comparecer ante un órgano cualquiera de conciliación.

En efecto, la conferencia de expertos que en junio de 1962 recibió de la UNESCO un proyecto de protocolo por el cual se instituye un comité de conciliación y buenos oficios, facultado para resolver las controversias que puedan plantearse entre Estados Partes y que se refieran a la aplicación o la interpretación de la Convención de 14 de diciembre de 1960, ha tropezado ya con estas dos objeciones y ha tenido en cuenta parcialmente la primera: en el proyecto de protocolo redactado por la conferencia, se acepta la presencia en la comisión de conciliación de un ciudadano de cada Estado parte en la controversia.

Ahora bien, el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 ha establecido el sistema para la solución de controversias que es, con mucho, el más completo dado que para garantizar el respeto de los compromisos resultantes para las Altas Partes Contratantes ha instituido en primer lugar una Comisión Europea de Derechos Humanos, compuesta de un número de miembros igual al de los Estados Partes, elegidos por seis años y nombrados a título individual, con vistas a establecer los hechos, favorecer una solución amistosa que se inspire en el respeto de los derechos humanos y enviar un informe al Comité de Ministros acompañado, en caso necesario, por su dictamen sobre la cuestión de saber si ha habido por parte del Estado interesado violación de sus obligaciones.

Todavía ha ido más allá y ha creado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos compuesto de magistrados electos y que no puede entender en un asunto sino después de haber comprobado la Comisión la imposibilidad de llegar a una solución amistosa dentro del plazo de tres meses a partir de la transmisión del informe. El Tribunal sólo puede conocer de los asuntos presentados por uno de los Estados interesados o puestos en entredicho, o por la misma Comisión. Sólo los Estados y la Comisión están calificados para comparecer ante el Tribunal. La sentencia de éste es definitiva.

La experiencia adquirida desde 1953, fecha de la entrada en funciones de la Comisión Europea, prueba que muy raras veces un Estado le ha presentado una reclamación contra otro Estado: tres en ocho años. Jamás un asunto así planteado ha llegado al

Tribunal Europeo: en cada caso ha habido retirada de la queja o solución amistosa. Sin embargo, esta experiencia da pie también para otras observaciones acerca de la función de los particulares o agrupaciones, observaciones que expondré seguidamente.

X

El monopolio del derecho de queja ante las autoridades internacionales que se reservan casi siempre ⁴ los Estados partes en los convenios normativos ha sido extremadamente criticado pese a su carácter tradicional en muchos círculos jurídicos y con mayor motivo por los publicistas, intérpretes de la opinión pública. Hacen resaltar precisamente que es casi quimérico esperar que un Estado se considere como ministro desinteresado de la colectividad de Estados garantes de un derecho, que no puede despojarse de su carácter de entidad política y que generalmente sólo obra si la pretendida víctima de una infracción de otro Estado es uno de sus ciudadanos o si hay un motivo político especial que justifique su iniciativa: por ejemplo, la víctima, ciudadano del Estado acusado, forma parte de un grupo étnico o social vinculado al Estado demandante.

Por otra parte, en el terreno de los principios, se considera difícil seguir negando a los individuos la calidad de sujeto de derecho internacional con los atributos positivos, como el derecho de comparecer en juicio que de ella dimana, sobre todo teniendo presente que la responsabilidad personal de estos mismos individuos se acepta en casos decisivos.

Inspirándose en esas ideas, círculos cada vez más numerosos y hasta algunos Estados son partidarios de dar, en ciertas condiciones, acceso a los órganos internacionales de tutela de los derechos individuales a los particulares lesionados e incluso a los grupos de particulares y a las organizaciones no gubernamentales. El reconocimiento del "derecho de petición", entendido como "derecho de presentar una demanda que entable juicio", ha sido objeto de vivas discusiones en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Sólo ha sido eliminado provisionalmente del proyecto de pacto de derechos civiles y políticos tras empate en la votación. Sin embargo, se hará una nueva tentativa cuando se examine su puesta en práctica en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁴ Inmediatamente después de la primera guerra mundial se crearon tribunales arbitrales mixtos ante los que podían comparecer personalmente en calidad de demandantes los particulares que se pretendían lesionados. Después de la segunda guerra mundial, las comisiones de conciliación franco-italianas, anglo-japonesas, etc. pudieron decidir igualmente reclamaciones formuladas por particulares.

Por mi parte, no vacilo en alentar a los partidarios del imperio de la ley a apoyar vigorosamente la propuesta aceptación del derecho de los particulares, por medio de un protocolo facultativo para los Estados, y lo hago no sólo basándome en las razones doctrinales mil veces expuestas, sino situándome en el terreno de la justicia elemental y en vista de los resultados de la experiencia europea.

En efecto, por una parte, en su Resolución núm. 75, el Consejo Económico y Social reguló el procedimiento de las "comunicaciones" (es decir, las cartas dirigidas por los particulares o agrupaciones al secretario general de las Naciones Unidas para denunciar perjuicios y abusos) con una severidad extrema, aunque bien intencionada en lo que concierne al secreto estipulado acerca de la identidad de los demandantes. Dado que desde enero de 1947 la Comisión de Derechos Humanos se resignó a no tratar jamás de casos particulares, puede decirse que, exceptuadas las peticiones dirigidas al Consejo de Administración Fiduciaria y al Comité de información procedente de los territorios no autónomos que no contamos aquí, la gran mayoría de las 30.000 comunicaciones enviadas a las Naciones Unidas desde su fundación han sido objeto meramente de acuse de recibo y no de examen. Sólo ha ocurrido de manera distinta en el caso de las comunicaciones cuya sustancia (no la procedencia) ha sido transmitida al Estado contra el que se ha presentado la queja y que han sido objeto de examen y de respuesta a veces favorable por parte de las autoridades de éste. Un régimen de esta clase no está a la altura de las esperanzas puestas en las Naciones Unidas por los oprimidos y sólo podrá ser mejorado si los pactos generales crean un organismo de selección de las comunicaciones. Por lo demás, pronto se advertirá que la casi totalidad de éstas no requiere el menor trámite por distintos motivos; por lo menos, el pequeño número de las demás será tratado más humanamente.

Voy a referirme, por otra parte, a los resultados de la experiencia efectuada por la Comisión y el Tribunal Europeos. El Convenio de 1950 acepta, en su artículo 25, que la Comisión podrá recibir "de toda persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que alegue ser víctima" de un Estado una demanda contra dicho Estado si éste ha declarado reconocer la competencia de la Comisión en el asunto. Ahora bien, de más de mil demandas de particulares recibidas hasta la fecha, la Comisión Europea ha declarado admisibles apenas una decena. El mayor número de demandas ha sido declarado inadmisibles por la Comisión por haber sido presentadas "antes del agotamiento de las vías de recurso internas, como se entiende según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos". De las demandas declaradas admisibles, varias han sido objeto de un informe de fondo des-

favorable seguido de desestimación por el Comité de Ministros; en otras se llegó a una solución amistosa. Por último, dos casos han sido planteados ante el Tribunal Europeo por iniciativa de la misma Comisión. Ahora bien, el Tribunal decidió negativamente en cuanto al fondo en el primer caso y sobreseyó el segundo asunto tras haber comprobado que la Comisión y el Gobierno interesado estaban de acuerdo en que había desaparecido el objeto del litigio.

Teniendo en cuenta estos precedentes, es imposible negarse a intentar, en el plano universal, por medio de un protocolo abierto a los Estados que lo aceptasen, una experiencia iniciada ya en el plano europeo.

XI

Sin embargo, conviene desde el punto de vista práctico sacar otras dos enseñanzas.

En primer lugar, la enorme importancia atribuida por los Estados Partes en el Convenio Europeo a la cuestión del "agotamiento de las vías de recurso internas" debe tranquilizar a todos los que han manifestado inquietud por el poco respeto de que quizá serían objeto los tribunales supremos de los distintos Estados y debe alentar a los partidarios del imperio de la ley a redoblar sus actividades en los países respectivos para crear recursos y facilitar el funcionamiento eficaz y menos lento posible de éstos ante los tribunales nacionales competentes e independientes (cfr. art. 8 de la Declaración Universal).

En segundo lugar, la extrema reserva manifestada por los Estados Miembros del Consejo de Europa a presentar quejas a la Comisión se ha revelado todavía mayor cuando se ha tratado de dirigirse al Tribunal Europeo. Solamente la Comisión ha tomado, en dos ocasiones, la iniciativa de hacerlo y ha actuado como lo habría hecho un ministerio público colectivo europeo que gozara de independencia total. En uno de estos dos casos, la Comisión recurrió al Tribunal tras haber presentado un informe desfavorable a la demanda del particular quien, por su parte, no podía dirigirse al Tribunal ni comparecer jurídicamente ante él; sin embargo, la Comisión expuso serenamente sus quejas al Tribunal.

Una experiencia de esta clase justifica, pues, que se atribuyan al Comité de Derechos Humanos previsto en el proyecto de pacto presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas funciones comparables a las de la Comisión Europea, si no se quiere crear *ab initio* un verdadero fiscal general o ministerio público distinto del Comité.

Sin pretender que se reconozca en el momento presente el derecho del individuo a comparecer jurídicamente ante un órgano o tribunal internacional frente a su propio gobierno, reforma que de

modo comprensible no todos consideran suficientemente madura, los paladines del imperio de la ley han de aprovechar la ocasión para conseguir un avance internacional considerable mediante el nombramiento de un fiscal general o la creación de un ministerio público de las Naciones Unidas o, por lo menos, de un organismo que pueda colaborar en la administración de justicia, en nombre de la colectividad humana.

En la hipótesis de que esa etapa sea recorrida en un plazo bastante breve, la responsabilidad de cada Estado Miembro de las Naciones Unidas no será menos primordial en lo que concierne a los derechos humanos. La protección internacional de éstos, protección que responde a una necesidad, conservará un carácter subsidiario.

Dos reflexiones más antes de terminar la exposición del programa de acción.

XII

Hay que responder primero a los que preguntan si no sería posible y conveniente organizar en el mayor número posible de casos recursos directos de Estados o de particulares ante una autoridad internacional de producirse la violación de una norma jurídica establecida en común por una colectividad de países. ¿Por qué instituir tantas instancias nacionales primero, internacionales después, con las lentitudes considerables que esto entraña? Una justicia demasiado lenta no es verdadera justicia.

El anhelo así expresado está ya parcialmente satisfecho. En virtud del artículo 36 de su Estatuto y en las condiciones prefijadas, la competencia de la Corte Internacional de Justicia se extiende a cualquier litigio que dos Estados hayan decidido someterle de común acuerdo o que uno de ellos quiera unilateralmente someterle cuando el otro Estado ha suscrito la cláusula de jurisdicción obligatoria de la Corte. No hace mucho tiempo la Corte falló una controversia entre los Países Bajos y Suecia acerca de la aplicación e interpretación de uno de los convenios de derecho internacional privado de La Haya destinado a reglamentar la tutela de los menores. Sin embargo, la solemnidad y la larga duración de los procesos tienen por consecuencia que los Estados que asumen un número cada vez mayor de obligaciones internacionales contractuales no recurran muy a menudo a ese alto tribunal. Los particulares no tienen el derecho de recurrir a la Corte de La Haya ni el de comparecer ante ella. Cuando, tras haber fracasado en sus gestiones diplomáticas en favor de sus ciudadanos lesionados por otro Estado, por ejemplo, por un Estado deudor de empréstitos nacionales que no paga su deuda en la moneda estipulada, un Estado quiere asegurar su protección en la mayor medida posible, se hace cargo él mismo del asunto y cita al Estado deudor ante la Corte Internacional. Los recur-

sos que hemos estudiado en el presente trabajo han sido creados o han sido considerados convenientes para que la norma jurídica sea respetada y su violación sancionada, sin llegar desde el primer impulso hasta la cima ni reducir la competencia de los tribunales nacionales. Es necesario procurar que no abrumen a los órganos internacionales asuntos de poca importancia o que no tienen un interés de principio. Serán los demás asuntos los que resultarán perjudicados.

Ahora bien, existen mejores perspectivas. Hay casos, como el de las tres comunidades europeas, en que el Tribunal de Justicia, creado por el Convenio general de 7 de octubre de 1958, ha recibido jurisdicción para entender *directamente* de los asuntos presentados por los Estados Partes, por instituciones (el Consejo, sus Comisiones y la Asamblea Parlamentaria Europea), por empresas o particulares, en fin, por los funcionarios de las comunidades que deseen ejercitar una acción contra éstas.

Lo cierto es que, en estos casos, no existe excepción respecto del derecho general, sino aplicación de la regla según la cual, donde hay una sociedad, ésta ha de tener los órganos necesarios para desempeñar las funciones judiciales que le son propias. Es una situación parecida a la de los Estados federales en los que los tribunales federales de justicia tienen a su cargo un orden jurídico distinto del que han de mantener y defender los tribunales de los Estados federados.

XIII

He aquí la última cuestión. ¿Acaso la ausencia o violación de las normas jurídicas por las autoridades de un Estado no tienden, por su misma naturaleza, a perturbar las buenas relaciones de éste con otros Estados y hasta con el conjunto de los demás Estados? Es algo que ha ocurrido demasiado a menudo para que sea necesario demostrarlo con lujo de detalles. A lo largo del siglo XX, hemos visto casos notorios en que un Estado ha comenzado por violar o suprimir, en su seno, las normas jurídicas que garantizaban las libertades más elementales y la vida de sus propios ciudadanos. Y no se detuvo ahí. Hicimos referencia antes al caso de Hitler que atropelló los derechos de un particular residente en la Alta Silesia, garantizados por un convenio bilateral formal. Un proceso implacable le llevó a violar cada vez más extensamente los derechos de los que residían en el territorio del Tercer Reich; luego, en nombre de la superioridad racial, los derechos de los que pertenecían a otras naciones; después, a violar, en nombre del *Lebensraum*, las fronteras de las naciones vecinas y, por último, a atentar contra la seguridad de toda la humanidad.

Si ésta quiere evitar la repetición de semejantes hechos, habrá de convencerse de que la verdadera paz desaparece cuando los

derechos del hombre están siendo grave o continuamente menospreciados o pisoteados en uno o en varios países de la tierra. Por un motivo por lo menos tan elevado como el concurso técnico prestado a los países subdesarrollados y los acuerdos sobre la reducción de armamentos, el establecimiento gradual del imperio de la ley en las regiones y países más diversos constituye, pues, uno de los medios supremos para la defensa de la paz y la elevación del nivel moral de los hombres.

XIV

Las reflexiones antes formuladas sobre problemas concretos que se plantean en la vida cotidiana nacional e internacional quizá hayan fatigado al lector por su aridez.

Cierto es que las indignaciones y los entusiasmos deben consumir el corazón de los que quieren participar en la construcción de un mundo mejor para el hombre, pero los apóstoles del imperio de la ley no han de vacilar en ceñirse la triple coraza de que habla el poeta a fin de afrontar con lucidez cada uno de los ingratos obstáculos que se oponen a la realización del derecho. En lóbregas galerías el minero extrae penosamente del suelo el carbón que calienta a los hombres. Y escalando las abruptas peñas el precursor abre el camino que conduce al resplandor de las cumbres.

RENÉ CASSIN *

* Presidente honorario del Consejo de Estado francés; miembro del Instituto de Francia.

PODER DEL DERECHO Y PODER DEL ESTADO EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

I

El sistema de separación de poderes es atributo del Estado de derecho, del Estado constitucional. En este sistema, al contrario del Estado totalitario, en el que están concentrados los distintos poderes, las diversas funciones del Estado las realizan distintos órganos del mismo: la elaboración del derecho, el legislativo; la función política, el gobierno; la función "técnica", la administración; la jurisprudencia, los órganos judiciales. El sentido y el objetivo de esa separación y división de las funciones del Estado es establecer un sistema de equilibrio entre los órganos constitucionales, que se controlan alternativamente, evitando así una concentración de poderes y, por ende, descartando la posibilidad de un abuso de poder por parte de la autoridad. Sólo así se considera factible garantizar la vida y la inviolabilidad corporal de la persona, el derecho del individuo a la libertad contra la arbitrariedad de los órganos del Estado, sirviendo de esta forma al mismo tiempo a la verdad, a que, en último término, está sujeto el derecho.

Por lo tanto, en el tradicional sistema de separación de poderes del moderno Estado de derecho se confía el ejercicio del poder judicial a la Justicia. Esto no debe hacer olvidar la especial posición de la magistratura en la sociedad moderna, organizada en Estado constitucional. La jurisprudencia es una de las funciones sociales más antiguas, como la de sacerdote y la de médico. Estas profesiones existen en toda vida social organizada estatalmente. El Antiguo Testamento nos habla de un periodo de los jueces anterior al de los reyes, y cuando el juez no tiene una posición especial ha desempeñado su función, por ejemplo el sacerdote o el jefe militar. El hecho de que hoy la sociedad democrática políticamente constitucional haya incluido como uno de sus poderes constitucionales del orden establecido al poder judicial constituye un reconocimiento de los más antiguos e indiscutibles principios de la moral humana, que sin juicio ni tribunal son impensables.

Es, pues, hoy día el poder judicial un elemento auténtico de la separación de poderes por lo que debe confiarse a órganos del Estado cuya profesión exclusiva sea aplicar el Derecho. Pero esto sólo es posible si las personas encargadas de esta función, los jueces, son personal y materialmente independientes, es decir, están en

condiciones de adoptar sus decisiones con libertad, sin temor de sufrir consecuencias personales por razón de su actividad judicial.

La Ley Fundamental de Bonn de 1949 ha tenido perfectamente en cuenta estos requisitos. En primer lugar, el párrafo 2 del artículo 20 dice: "El poder del Estado será ejercido por órganos especiales del legislativo, del ejecutivo y de jurisdicción." Más adelante se dispone en el artículo primero del capítulo IX ("La Justicia") que el poder judicial se confiere a los jueces. El estatuto especial de los llamados a ejercer esta función se denomina estatuto judicial, cuyas obligaciones y derechos se regulan en una ley especial: la Ley de la magistratura alemana de 8 de septiembre de 1961. Esta Ley, en cumplimiento de las disposiciones constitucionales, ha suprimido al juez de la categoría de los funcionarios y ha substituido la relación de funcionario característica del anterior derecho judicial alemán por una relación *sui generis*. En su virtud, el juez está sometido, por lo que respecta a la forma de administración de la justicia, a la supervisión y a las órdenes de sus superiores. En cuanto al fondo de la jurisprudencia, el juez es independiente.

Para garantizar la neutralidad del juez y la objetividad del juicio, el antiguo principio de que el juez es independiente y sólo está sometido a la ley queda sancionado por la Constitución.

Esta protección constitucional indispensable en todo Estado de derecho protege al juez tanto contra las partes del proceso como contra las fuerzas sociales existentes en el Estado, como, por ejemplo las asociaciones y organizaciones, la prensa, la Iglesia y, en último término, contra el Estado. Esta última protección es de especial significación, pues el Estado o sus órganos pueden ser partes en el proceso y en este caso es el Estado quien se juzga a sí mismo. Además, en aras del derecho se asigna a los órganos estatales encargados de juzgar la condición jurídica de terceros imparciales. En virtud de la Constitución el legislativo y el ejecutivo no pueden inmiscuirse en las decisiones de los tribunales.

Igualmente, se dispone en la Ley Fundamental de Bonn (párrafo 3 del artículo 20) que el poder judicial está ligado por la ley y el Derecho. No hay que olvidar a este respecto que, si la ley es Derecho, no todo el Derecho revista la forma de ley (piénsese en el Derecho consuetudinario y sobre todo en el Derecho elaborado por el juez). Este Derecho surge principalmente cuando el juez debe interpretar nociones jurídicas vagas o está obligado a recurrir a fórmulas generales como la buena fe, la seguridad y el orden, el poder público, etc. En derecho constitucional estos conceptos vagos y fórmulas indeterminadas desempeñan un papel especial, de manera que aquí la interpretación del juez constitucional pone especialmente de relieve el carácter creador de la actividad judicial. De ello se deduce que es función del juez en general y de manera especial del juez constitucional interpretar las normas jurídicas no en abstracto,

sino adaptarlas a la realidad que debe ser reglamentada por las normas jurídicas. Sólo así puede comprenderse, por ejemplo, que una norma con el mismo contenido, el mismo texto y la misma motivación sea interpretada diversamente en diferentes países y pueda servir a diversos fines.

No obstante, el juez no es el legislador. Por llamado que esté a participar en la transformación del derecho mediante una interpretación creadora de la norma jurídica debe imponerse, a diferencia del legislador, ciertos límites y no puede usurpar las funciones de este último. Incluso si considera que una reglamentación legal no es viable y estima que otra es mejor, tiene que aceptar la reglamentación establecida aunque llegue a la conclusión de que el legislador ha cometido un abuso de poder y la norma es objetivamente improcedente y puede calificarse de arbitraria. Entonces, y sólo entonces, el juez constitucional puede dejar de aplicarla y declararla anticonstitucional.

En resumen, puede decirse que el fin del principio de obediencia del juez al Derecho es descartar en lo posible la arbitrariedad, evitar la influencia de los sentimientos y de las pasiones del individuo, colocando así al juez en una situación de completa independencia al servicio del Derecho.

Para asegurar esa independencia material, la Ley Fundamental ha declarado también la independencia personal del juez. Así, el párrafo 2 del artículo 97 de la Ley Fundamental de Bonn dispone que

“los jueces de carrera nombrados a título definitivo en el forma ordinaria sólo podrán ser revocados, suspendidos en sus funciones, definitiva o temporalmente, desplazados o separados contra su voluntad antes del término legal de sus funciones por decisión de un tribunal y por los motivos y en las formas determinadas por la ley.”

Con esta garantía de independencia personal, el juez está protegido contra toda presión política personal del ejecutivo. Especialmente se descarta el peligro de que los órganos políticos usurpen a un juez su poder en un asunto en que sea legalmente competente. El Tribunal Constitucional ha deducido de esa garantía que debe negarse a un gremio el carácter de tribunal cuando comprenda a funcionarios dependientes. Por razón de esa independencia personal, el juez no puede desempeñar al mismo tiempo funciones ejecutivas (por ejemplo de alcalde [Bürgermeister] o de gobernador) en virtud de la nueva ley judicial. Igualmente, por los mismos motivos los jueces del Tribunal Constitucional Federal no pueden ser diputados. Por último, garantiza también la independencia del juez el que pueda ser recusado por sospecha de parcialidad cuando tenga intereses comunes con una de las partes o haya intervenido antes en el mismo asunto.

II

El carácter especial de la constitucionalidad del poder judicial en la República Federal es fruto de las siguientes notas:

En primer lugar, toda persona que se estime perjudicada en sus derechos por el poder público y no sólo en sus derechos fundamentales, sino asimismo en sus intereses protegidos por la ley puede recurrir a los tribunales. Cuando el asunto no es de la competencia de una jurisdicción especial puede intentarse la acción ante el juez ordinario. Con la ayuda de esa cláusula general, hoy día el ciudadano puede recurrir a un juez en todo caso de violación de sus derechos por parte del poder público. Esto no significa que haya que recurrir por fuerza al juez civil. Contrariamente al derecho anglosajón, la racionalización del derecho en la República Federal ha llevado a crear una jurisdicción especial para la mayor parte de los campos jurídicos. Además de la civil y de la penal, hay hoy día en la República Federal una jurisdicción administrativa completamente organizada como las demás; otra jurisdicción de contribuciones y finanzas, otra disciplinaria y otra laboral para las cuestiones de trabajo y litigios sociales. Sólo cuando se trata de litigios que no corresponden a las materias señaladas puede el interesado recurrir al tribunal civil.

Una característica más de la organización constitucional del poder judicial en la República Federal es su adaptación a la estructura federal de nuestro Estado. Además, la organización es tal que esta estructura se diferencia claramente de los demás Estados, federados, por ejemplo, los Estados Unidos. También en este país hay una jurisdicción estatal y otra federal, pero la competencia de la federación y de los Estados claramente está delimitada. Si se trata de cuestiones para las que es competente el Estado, resuelven en varias instancias solamente los tribunales del Estado; si se trata de cuestiones de competencia únicamente federal, resuelven los tribunales federales; es decir, primero el tribunal federal de distrito, después el tribunal federal de apelación y, por último, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en Wáshington.

En la República Federal la organización es fundamentalmente distinta. Siguiendo una antigua tradición se ha conservado la estructura judicial de los distintos Estados y se ha instituido en el vértice de la federación una instancia superior, el Tribunal Supremo Federal. Además del Tribunal Federal de Karlsruhe competente en cuestiones civiles y penales como tribunal de revisión, en la República Federal tenemos otros tribunales supremos federales competentes en cuestiones de administración, de finanzas, de trabajo y de cuestiones sociales. Mientras los tribunales inferiores — piénsese en la multitud de *Länder* y *Oberländer* — cumplen su función como tribunales locales, la instancia encargada de la revisión en el territorio

federal obra como tribunal federal. Son por tanto tribunales de apelación colocados en el vértice de una organización judicial especial. De ello no se deduce que, en casos excepcionales y por motivos comprensibles, estos tribunales no puedan conocer de un asunto en primera instancia, por ejemplo, en los casos de alta traición.

Estas observaciones bastan para demostrar que la Ley Fundamental contiene todos los requisitos necesarios para un Estado de derecho. A esta amplia protección del derecho y de la libertad corresponde consiguientemente un aumento de facultades del poder judicial. Así, la Ley Fundamental no sólo da a la persona perjudicada una acción, sino que al mismo tiempo concede al juez la facultad de resolver conflictos en el plano de que se trate con la ayuda del Derecho y en forma autoritaria.

Sin embargo, este aumento de facultades del poder judicial y su movilización contra los demás poderes públicos en sí no modifica el carácter tradicional del tercer poder. Es cierto que el poder judicial civil, penal, administrativo, financiero o laboral se ejerce en virtud de determinadas decisiones políticas del legislador constitucional. Sin embargo, lo característico es que la naturaleza política de estas resoluciones desaparece cuando constituyen ya decisiones de Derecho. El juez civil, penal o administrativo tiene el sentimiento justificado de que sus sentencias no constituyen una injerencia en la esfera de lo político. El juez sigue siendo apolítico. En el ejercicio de su actividad judicial permanece en el campo específico del derecho que es la esencia de este tercer poder judicial.

III

El deseo, después de la terrible experiencia del régimen nacionalsocialista, de crear un Estado de derecho en la mayor medida posible ha inducido al legislador a dar aún otro paso en este sentido. A diferencia de la Constitución de Weimar, la Ley Fundamental de Bonn ha instituido una jurisdicción constitucional suplementaria en la Federación y en los Estados. Hoy el Tribunal Constitucional Federal, por ejemplo, no solamente se limita a conocer, como el Tribunal de Estado de la Constitución de Weimar, de los conflictos jurídicos públicos entre la Federación y los Estados o entre Estados, ni a resolver dentro de un Estado litigios constitucionales, sino que el Tribunal Constitucional Federal también está llamado, y con carácter principal, a resolver las controversias de orden constitucional en el seno de la República Federal, o sea litigios entre los supremos órganos constitucionales: el Gobierno federal, el Parlamento, el Consejo Federal (*Bundesrat*) o el Presidente de la República.

Además, el Tribunal Constitucional Federal ejerce el control

abstracto de las normas jurídicas, es decir, debe decidir acerca de las demandas de determinados peticionarios cuando haya duda y divergencias de opiniones acerca de la compatibilidad de fondo y de forma del derecho federal o estatal con la Constitución. Los tribunales tienen asimismo el derecho de solicitar el dictamen del Tribunal Constitucional Federal sobre la constitucionalidad de una ley que deban aplicar a un caso determinado cuando estimen que es anticonstitucional (control normativo concreto).

El Tribunal Constitucional Federal tiene aún otra multitud de competencias. Puede por ejemplo, como lo ha mostrado el proceso contra el Partido Socialista del Reich y el Partido Comunista, declarar anticonstitucional a un partido cuando éste trate de trastornar o suprimir el régimen democrático. Igualmente, debe pronunciarse sobre las acusaciones contra el Presidente de la República o contra los jueces. Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal es la instancia que conoce de los recursos constitucionales presentados por violación por parte del poder público de un derecho fundamental, ya sea mediante un acto de la Administración, del Gobierno, una sentencia o una ley. Este recurso es manifiestamente popular, pues hasta la fecha se han presentado cerca de 10.000 demandas de esa naturaleza.

De esta multitud de funciones atribuidas hoy al Tribunal Constitucional Federal se deduce que actualmente por primera vez en la vida jurídico-constitucional alemana el poder judicial es de la misma clase que los demás, es decir, es un poder real que, como se ha dicho, se ha constituido en un tercer poder "manumitido", y que no es ya el que Montesquieu calificaba de "en quelque façon nul".

Esto no significa de ningún modo que el Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal de Estado no sean ya verdaderos tribunales. El Tribunal Constitucional Federal ocupa el vértice del poder judicial. Tiene la función de resolver los litigios que se le someta para sentencia con carácter de definitiva obligatoriedad jurídica para el Estado y para el pueblo. Es el guardián legítimo de la Constitución. Sin embargo, lo definitivo y nuevo es que las sentencias del Tribunal Constitucional Federal penetran en el campo político y tienen efectos y consecuencias políticas. Esto se debe a que el derecho constitucional, como el derecho internacional, contrariamente al derecho civil y al penal, por ejemplo, es verdadero derecho político. Efectivamente, la jurisdicción constitucional se diferencia de la ordinaria en que se trata siempre de litigios cuya esencia es política. Su característica es que opera con normas que someten lo político al derecho. Contrariamente al juez ordinario, el juez constitucional se ocupa de un derecho que no puede ser apolítico. Toda la problemática de la jurisprudencia constitucional depende de esa esencia del derecho constitucional. Se trata de un derecho que no puede sus- traerse a su origen político.

Esta característica explica también por qué el Tribunal Constitucional Federal participa con su jurisprudencia en el ejercicio del poder supremo del Estado. Los tribunales constitucionales mediante su actividad judicial quedan también englobados en el proceso constitucional de formulación de la voluntad estatal. No es, pues, un azar que el Tribunal Constitucional Federal sea un órgano constitucional y tenga la misma categoría que los demás órganos constitucionales, por ejemplo, el Parlamento, el *Bundesrat*, el Gobierno, el Presidente de la República Federal. La novedad de la organización institucional del poder judicial conforme a la Ley Fundamental es que un tribunal, sobre la base de su competencia quede integrado en el proceso de integración del Estado.

En consecuencia, la jurisdicción constitucional aparece como la máxima garantía de que los demás órganos constitucionales obrarán conforme a las disposiciones de la Ley Fundamental. Los abusos de los poderes extrajudiciales serán corregidos por las instancias judiciales en virtud de la Ley Fundamental y de sus leyes de aplicación. Nada tiene de extraño que en estas condiciones se hable hoy día de la República Federal como de un nuevo "Estado judicial".

IV

No es función mía discutir aquí detalladamente el pro y el contra de esa jurisdicción constitucional. No obstante, a modo de resumen, puede decirse lo siguiente:

Después de la experiencia vivida por Alemania bajo el régimen nacionalsocialista es justo que en todo lo posible lo político se subordine al derecho. Es cierto que algunas cuestiones jurídicas también pueden resolverse fácilmente con decisiones de la autoridad política. Sin embargo, a nuestro juicio es mejor que en una democracia las controversias jurídicas de carácter político se resuelvan por un tribunal independiente que se base en el derecho independiente y no en forma política por una mayoría circunstancial. Una solución autoritaria y parcial de las cuestiones no corresponde a los requisitos que se fijan hoy día para el Estado de derecho y quizá no sea un azar el que hoy en los Estados americanos, asiáticos y europeos las controversias jurídicas de carácter político sean resueltas en gran medida por un tribunal supremo independiente.

Las resoluciones de los tribunales constitucionales no sólo aseguran la primacía del derecho sobre lo político, cuando lo político puede someterse al derecho, sino que tienen además, por así decir, un efecto determinado de integración política. Las decisiones judiciales por estar orientadas hacia el derecho efectúan también en el campo de lo político una verdadera purificación.

La Ley Fundamental de Bonn pertenece además al tipo de constituciones rígidas cuya modificación o adición sólo es posible en circunstancias predeterminadas. Esto justifica tanto más la existencia de una instancia encargada de interpretar en forma creadora las decisiones de dicha Ley.

La existencia de esa jurisdicción constitucional obliga en último término a todos los órganos administrativos a prever la posibilidad de que un acto de soberanía del Estado, sea cual fuere su forma, se someta al juicio del tribunal constitucional. Esto obliga a todos los que ejercen el poder público a cuidar de que sus actos sean constitucionales. Puede así hablarse de un efecto general educativo inherente a dicha jurisdicción constitucional.

En la medida en que se puede aventurar un juicio sobre la jurisdicción constitucional hay que indicar que los tribunales constitucionales han respetado la tendencia peculiar del Estado moderno y no se han inmiscuido en el campo específicamente legislativo. Los tribunales constitucionales han demostrado repetidamente que las libres decisiones de apreciación de las instancias políticas por principio no pueden ser objeto de verificación de fondo y que las consideraciones materiales políticas del Gobierno y del legislador también gozan de prioridad cuando son contrarias a la propia interpretación política de los tribunales y las medidas adoptadas pueden considerarse políticamente improcedentes.

Con la creación de una jurisdicción constitucional en la organización institucional del poder judicial, la Ley Fundamental ha corrido un gran riesgo, pues es evidente que la esencia del tercer poder no es la fuerza, que abandona sin envidia a los poderes políticos, y que su esencia es la verdad, incluso cuando da forma jurídica a lo político, el derecho y, ésta es la paradoja de la situación, la fe que el pueblo tenga en su actividad.

GERHARD LEIBHOLZ *

* Magistrado del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania; profesor extraordinario de derecho en la universidad de Gotinga; profesor honorario en el Colegio de Europa, Brujas.

EN TORNO A LA PRIMACÍA DEL DERECHO

¿Es el imperio de la ley mito o realidad?

*Est quaedam vera lex . . . naturae congruens,
diffusa in omnes, constans, sempiterna . . .*

Cicerón: *De Republica*, 3, 22, 33.

El hecho de que en 1963 se dedique un número especial de esta *Revista* al estudio del imperio de la ley hace patente la inquietud que despiertan en quienes profesan este principio los atentados cometidos contra la persona humana desde comienzos del siglo XX, ora mediante la implantación de sistemas políticos totalitarios, ora a causa de las circunstancias excepcionales resultantes de las postreas convulsiones de la descolonización, ora, en fin, por el mero funcionamiento de las instituciones o la influencia de los factores económicos contemporáneos en los Estados que han manifestado su adhesión a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esta inquietud ha sido descrita con singular elocuencia por el jurista francés Georges Ripert en un estudio sobre la legislación contemporánea titulado "La decadencia del derecho"; en él subraya el peligro en que sitúan a toda la sociedad "las leyes que no son la expresión del derecho" y sostiene, como Montesquieu, la existencia de relaciones jurídicas anteriores y superiores a cualquier ley positiva.

Así, pues, al defender la existencia de principios supremos de derecho, la Comisión Internacional de Juristas enlaza, veinte siglos después, con el cónsul romano que, según se cree generalmente, derivaba de los filósofos griegos sus propias concepciones.

Una diferencia fundamental separa a los juristas contemporáneos de sus precursores en cuanto a las fuentes de los principios superiores del derecho. Cicerón, lo mismo que los filósofos griegos, afirma que el derecho deriva de Dios o de la naturaleza; en cambio, la existencia de un derecho universal en los sistemas jurídicos modernos no está vinculada a la existencia de un Ser Supremo.

En las sociedades primitivas, las reglas jurídicas y los preceptos religiosos están íntimamente enlazados. Muchas son las sociedades en que las primeras leyes han sido consideradas como mandatos de revelación divina. Así, la más antigua colección legislativa que se conoce, el famoso Código de Hammurabi, grabado en un monolito diorítico que se guarda en el Museo del Louvre, muestra al fundador del Imperio babilónico (2.000 años a.J.C.) en actitud de adoración ante el dios del sol Shamash, dios de la Justicia, que le dicta los

preceptos de equidad esculpidos en el borde de la lápida y que tratan de la propiedad y las personas.

El Decálogo fue revelado a Moisés en el monte Sinaí en medio de truenos y rayos y, según se dice, las leyes fueron inscritas por el dedo divino en dos tablas de piedra (*Exodo*, 38). Minos, el primer rey de Creta, fue inspirado por Júpiter y Licurgo, el legislador semilegendario de Esparta, por el oráculo de Delfos. Las primeras leyes romanas derivan de los edictos religiosos de los reyes o de los pontífices. El mismo Corán, que contiene reglas civiles, penales y sociales, es la palabra eterna de Dios transmitida a Mahoma por el arcángel Gabriel. Por último, en Francia el derecho canónico ha regulado durante largo tiempo materias muy diversas, regidas hoy por la ley civil, entre ellas el matrimonio, la legitimación, el préstamo con interés, las rentas, etc.

En virtud de su filiación, la ley tenía en estas épocas una autoridad y fuerza obligatoria, por otra parte acompañadas a menudo por sanciones eternas, que no tienen las leyes modernas. Tenía además un carácter perenne del que éstas casi siempre carecen.

Abandonada la fuente divina de la ley y del poder real, correspondió a los filósofos de los siglos XVII y XVIII definir mediante la teoría del contrato social el fundamento y origen del poder de legislar y gobernar reconocido a los ciudadanos.

El segundo centenario de la publicación del *Contrato Social* por Jean-Jacques Rousseau, en mayo de 1762, nos brinda la oportunidad de reflexionar sobre los fundamentos filosóficos de las democracias modernas y nos recuerda lo que muchos gobiernos han olvidado, a saber, que el poder de legislar sólo pertenece al pueblo soberano y que quienes lo ejercen por delegación han de proponerse el pleno desarrollo del hombre y la cabal realización de las facultades humanas.

Ahora bien, en nuestra época es banal afirmar que la rapidez de los progresos técnicos y la amplitud de los conocimientos requeridos para comprender y familiarizarse con los problemas económicos cada vez más complejos que se plantean a un jefe de Estado y exigen una intervención pronta si se quiere que ésta sea eficaz, son difícilmente conciliables con la elaboración democrática de la ley. De ahí a elogiar los méritos de la tecnocracia sólo hay un paso que más vale no dar.

No existe ningún problema cuyos elementos no se puedan enunciar con sencillez al alcance de personas no técnicas. Esto, que era cierto en el siglo XVIII, sigue siéndolo en el XX, pues al aumento de la complejidad técnica corresponde un mejoramiento considerable del nivel educativo general en todas las esferas, consecuencia tanto de la elevación de la edad de escolaridad obligatoria como de la vulgarización realizada por conducto de la prensa, el libro, la radio y la televisión. Por lo demás, en un estudio reciente se hace notar que

los problemas más complejos son resueltos por los cerebros electrónicos gracias a los métodos de la selección binaria sucesiva por instrumentos que se transmiten órdenes unos a otros (*L'Etat et le citoyen*, por el Club Jean Moulin, Éditions du Seuil, 1961; pág. 335).

Por añadidura, el principio democrático en virtud del cual ciudadanos libres administran sus propios asuntos, el único compatible con la dignidad humana, es ciertamente más eficaz para el interés general que los sistemas caracterizados por un paternalismo degradante. La reciente experiencia de las jóvenes repúblicas africanas ilustra este aserto sin lugar a dudas.

En efecto, antes de la emancipación nacional las leyes elaboradas en Bruselas, Londres o París por una administración autoritaria, rutinaria y fácilmente contenta de sí misma estaban abocadas al inmovilismo en el plano de las estructuras sociales y de las costumbres de las poblaciones indígenas. En el plano económico, desconocían ciegamente las necesidades reales, consecuencia del contacto con la civilización moderna.

En el Senegal, eliminados con la proclamación de la independencia los obstáculos que entorpecían la evolución, se ha iniciado la transformación planificada de todos los sectores del país. En el rural, están transformándose los sistemas de cultivo, está investigándose la posibilidad de introducir nuevas producciones, se amplían las zonas explotadas y se construyen de manera racionalizada localidades formadas por viviendas modernas. La posesión de tierras vírgenes o no cultivadas es objeto de estudio y se preparan proyectos encaminados a favorecer rápidamente su aprovechamiento. En el sector económico, el país pasa del capitalismo monopolista al régimen de economía mixta en el que tienen gran importancia la colaboración e intervención del Estado en forma de sociedades estatales o en asociación con capitales privados. La producción básicamente de artesanía se orienta hacia la industrialización. Todo se realiza dentro del plan cuadrienal elaborado por el Gobierno del Senegal y examinado, modificado y aprobado — después de estudios técnicos a fondo — por la Asamblea Nacional elegida por sufragio universal.

La distinción entre ley y reglamento no requeriría comentario si éste no fuera casi siempre obra de servicios anónimos y si esta parte importante de las reglas normativas de la vida ciudadana no quedara fuera de la vigilancia de la representación nacional.

La separación constitucional rígida e infranqueable entre el ámbito de la ley, obra del parlamento, y el del poder reglamentario que, con miras a una mayor eficacia legislativa, han fijado constituciones recientes quizá parezca discutible desde ciertos puntos de vista. Así, el procedimiento civil, por cuyo conducto el ciudadano puede conseguir que se respeten sus derechos injustamente denegados, está clasificado en la esfera del reglamento; en cambio, los romanos lo habían considerado digno de figurar en las Doce Tablas,

su ley fundamental. Los preceptos de la legislación laboral y de seguridad social, que rigen la vida cotidiana del individuo lo mismo que el derecho civil y el penal, llaman su atención hacia el conjunto de las normas dictadas.

El Senegal se percató rápidamente de los inconvenientes de esa división, a fin de cuentas bastante arbitraria, y por la Ley constitucional núm. 61-13 de fecha 1º de noviembre de 1961 se autorizó al Gobierno a que presentara al Parlamento para su aprobación, habida cuenta de su importancia social, económica y financiera, proyectos de ley que éste no habría podido recibir si se hubiera cumplido lo dispuesto en un principio sobre el repartimiento de atribuciones.

Exigencias básicas del poder de legislar en régimen democrático, el examen de las leyes propuestas por representantes calificados de los ciudadanos y, siempre que sea posible, su discusión por estos últimos permitirán en cierta medida devolver a la ley el respeto y, por ende, la eficacia que ésa ha perdido al verse privada de su fundamento místico.

La ley, sea cual fuere, deriva sobre todo su fuerza ejecutiva de la adhesión que le depara la vasta mayoría de los ciudadanos a los que se aplica. Querer imponerla meramente por la fuerza equivale a lanzarse a un fracaso seguro, fracaso que ni siquiera el poder de los servicios policíacos con extensas atribuciones estará en condiciones de prevenir.

La ley elaborada recónditamente en el secreto de los despachos será ignorada, a pesar de su publicación oficial, por la mayoría de los ciudadanos que a menudo sólo se enteran de su existencia en procesos penales que no pueden eludir a causa de su ignorancia.

En cambio, la suma de informaciones que los representantes electos obtienen de los electores con motivo de la elaboración de la ley, las que ellos comunican a su vez y los informes oficiales contribuyen a asociar plenamente a los ciudadanos con la vida nacional, a acrecentar su sentido de la responsabilidad y a hacerles considerar la ley como una obra para cuya construcción han prestado su concurso.

Conviene meditar sobre el caso de Suiza que por su poca extensión puede, con mayor frecuencia que otras naciones, asociar directamente a los ciudadanos en la adopción de importantes decisiones mediante la celebración de un referéndum acerca de cuestiones concretas (concesión del sufragio a las mujeres, posible tenencia de armas atómicas, etc.). Junto con los argumentos que expuse más arriba, ha de tenerse presente el ejemplo de un país que aplica de la manera más amplia posible los ideales democráticos y en el cual los principios universales del imperio de la ley no sufren la menor restricción.

De nada valdría definir el imperio de la ley, como hicieron el Congreso de Nueva Delhi y la Conferencia de Lagos, si no se buscaran al mismo tiempo los medios adecuados para garantizar su respeto en cada Estado, es decir, lo necesario para hacer efectivo el cumplimiento estricto de las normas legales.

A mi modo de ver, el procedimiento más seguro para lograr este objetivo es dar a cada individuo conciencia de su útil participación en la vida nacional, no sólo a través de su actividad profesional, sino además mediante su asociación, lo más estrecha posible teniendo presentes las dimensiones del Estado y el volumen de la población, a la vigilancia ejercida sobre la gestión de los asuntos públicos en sus diversos aspectos y, más concretamente, mediante su asociación a la adopción de las decisiones clave que hacen época en la marcha de los negocios colectivos.

G. D'ARBOUSSIER *

* Embajador de la República de Senegal en Francia; ex ministro de Justicia de la República de Senegal.

EL IMPERIO DE LA LEY: NUEVA DELHI - LAGOS - RÍO DE JANEIRO

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE UN VIAJE CON EXCURSIONES A CHICAGO Y VARSOVIA

I. ¿Es el imperio de la ley un concepto estéril?

¿Se ha agotado la posibilidad de discurrir con fruto sobre el imperio de la ley? Algunos quizá se sientan inclinados a responder "Sí y no" o, con más acierto, "Sí, pero tal vez no". La respuesta afirmativa es obvia e inmediata, porque en los años pasados – en especial, pero de ningún modo bajo los auspicios exclusivos de la Comisión Internacional de Juristas – tanto se ha escrito sobre el imperio de la ley o en relación con este concepto. Es más, el autor del presente artículo, al recibir la invitación de escribirlo, se consideró incapaz de realizar la tarea, aunque sólo fuera por haber tratado extensamente el tema en las publicaciones de la Comisión¹ y, directa o indirectamente, en otros lugares.² Por consiguiente, es inevitable repetir o, por lo menos, formular nuevamente ideas ya expresadas y el autor pide por ello excusas a los lectores que conocen las publicaciones mencionadas.

Conviene consignar una consideración más importante e impersonal, a saber, que – independientemente del texto clásico de Dicey sobre el imperio de la ley³ y de la conocida crítica de Dicey por sir Ivor Jennings,⁴ por no hacer referencia a las interesantes observaciones de algunos tratadistas modernos sobre el derecho constitucional y administrativo⁵ – se han celebrado recientemente

¹ Primordialmente en *El imperio de la ley en las sociedades libres* (1960).

² Véanse en particular los *Oxford Essays in Jurisprudence* (1960), cap. IX, "The Rule of Law as a Supranational Concept".

³ *The Law of the Constitution* (10ª edición), preparada por E. C. S. Wade (1959).

⁴ *The Law and the Constitution* (5ª edición, 1959).

⁵ Por ejemplo, E. C. S. Wade, en la introducción a la 10ª edición de *The Law of the Constitution* por Dicey (véase la nota 3), págs. cvii y cviii, hace específicamente referencia a los esfuerzos desplegados por la Comisión Internacional de Juristas para convertir el concepto del imperio de la ley elaborado por Dicey en una serie más extensa de principios que se puedan aplicar a otros sistemas, además del anglosajón; F. H. Lawson (1957) *7 Political Studies*, págs. 109 y 207, sobre "Dicey Revisited"; R. F. V. Houston en *Essays in Constitutional Law* (1961), págs. 30 a 54, quien, tras describir la doctrina del imperio de la ley elaborado por Dicey como "en realidad un principio

dos conferencias internacionales sobre el imperio de la ley,⁶ además de las organizadas por la Comisión.

Por otra parte, la abundancia de comentarios sobre el imperio de la ley es un atractivo que nos invita a resumir sus principales tendencias o, por lo menos, a determinar si pueden apreciarse tendencias comunes. No sugerimos que estas tendencias comunes se puedan aceptar sin más discusión, pero parece justificado formular dos generalizaciones preliminares. En primer lugar, desde que se creó la Comisión Internacional de Juristas hace alrededor de once años, el concepto del imperio de la ley ha adquirido un carácter "supranacional". Al contrario de lo que sugirió un eminente tratadista estadounidense en 1959,⁷ ya no es cierto que "la ley como freno del poder gubernamental es la aportación angloamericana a la ciencia política". No es cierto tampoco que "cualquier teoría sobre los aspectos del imperio de la ley se ha de basar forzosamente en la práctica constitucional del sistema jurídico anglosajón".⁸ La Comisión Internacional de Juristas puede experimentar justificadamente una sensación modesta de éxito por la contribución que ha aportado para extender la comprensión de un ideal político-jurídico, que puede llevarse a la práctica en países dotados de sistemas políticos y económicos diferentes y con tradiciones jurídicas distintas. Ahora bien, este éxito no se puede utilizar como pretexto para afirmar que, en relación con la definición del imperio de la ley, se han conseguido todos los objetivos de la Comisión.⁹ La elaboración de un concepto internacional del imperio de la ley será el primer tema objeto de examen en el presente artículo.

Cabe formular una segunda generalización basada en los esfuerzos encaminados a elaborar un concepto supranacional del imperio de la ley, teniendo en cuenta lo que en la Declaración de

constitucional que se basa en la práctica de las democracias liberales del mundo occidental", formula luego algunas consideraciones de actualidad y se refiere a la importancia de dos nuevos factores, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 y los Conclusiones del Congreso de Nueva Delhi, en particular las relativas a los presupuestos fundamentales del imperio de la ley en materia de justicia económica y social.

⁶ Nos referimos al Coloquio de Chicago organizado por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas en septiembre de 1957 sobre "El imperio de la ley entendido al modo occidental", cuyas actas se publicaron en los *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, ix, núm. 12 (1959), y al Coloquio celebrado bajo los mismos auspicios en Varsovia en septiembre de 1958 sobre "Le Concept de la Legalité dans les Pays Socialistes", objeto de examen en los *Zeszyty Problemowe Nauki Polskiej (Cahiers de l'Académie Polonaise des Sciences)*, xxi (1961).

⁷ Schwarz, *Law and the Executive in Britain*, pág. 16.

⁸ *Ibid.*

⁹ Huelga decir que la labor de la Comisión destinada a alentar de la *observancia* del imperio de la ley jamás carecerá de aplicación práctica.

Delhi y en la Ley de Lagos se describe como el elemento "dinámico" del imperio de la ley. Sin duda, se tenía el propósito evidente de probar que el imperio de la ley no está vinculado a ninguna teoría liberal del siglo XIX sobre la misión del Estado, especialmente en lo que se refiere a las cuestiones económicas, sociales y culturales; al contrario, el imperio de la ley, lejos de oponerse al Estado de seguridad social, es un instrumento esencial para conseguir sus fines. Es fácil afirmarlo, pero es inevitable reflexionar que hasta ahora se había hecho relativamente poco para probar de una manera concreta y práctica qué aportación correspondía al imperio de la ley y, más concretamente, a los juristas, por ejemplo, para elevar el nivel de vida de los países insuficientemente desarrollados.

Hemos de tener la seguridad de que nuestra definición es suficientemente amplia para abarcar las aspiraciones del hombre, no sólo en sus aspectos políticos e intelectuales, sino también en lo que se refiere a la base física de su existencia, esto es, la salud, la alimentación, las condiciones de trabajo, las posibilidades de descanso, etcétera. Al mismo tiempo, en la medida en que somos abogados que nos dirigimos primordialmente a otros abogados, tenemos que reconocer nuestras limitaciones. No somos reyes-filósofos omniscientes que podamos imponer nuestras ideas en el mundo. Los valores que el imperio de la ley presupone y para cuya realización este concepto facilita una técnica han de tener un atractivo para las aspiraciones fundamentales y comunes de la humanidad; si definimos nuestros valores con excesivo detalle, si nos pronunciamos concreta y categóricamente sobre las instituciones sociales y económicas que consideramos apropiadas para la existencia de una sociedad libre en régimen de derecho, corremos el peligro de usurpar la misión de los políticos y perder en gran medida nuestra posibilidad de atracción universal. Este es el segundo tema principal del presente artículo, que, como se ve, guarda una relación estrecha con el primero.

II. Aclaración de los valores

Gracias a las reuniones internacionales celebradas bajo los auspicios de diferentes organismos y, en particular, por iniciativa de la Comisión Internacional de Juristas para aclarar la significación del imperio de la ley, se ha llegado a un acuerdo sobre un punto muy importante: el imperio de la ley presupone la adopción de *valores*, lo mismo que exige la aplicación de determinadas técnicas jurídicas. Así lo reconocieron, antes de que se examinara el tema con vistas a definir el imperio de la ley como concepto supranacional, diversos comentaristas que tenían particularmente presente su propio sistema jurídico u otros sistemas que derivan de una tradición jurí-

dica común. Así, en 1952 el profesor Werner Kägi, en un ensayo importante y profético,¹⁰ dedicado principalmente a "La evolución del *Rechtsstaat* suizo desde 1948", afirmó claramente que la libertad y la dignidad de la persona humana son la finalidad capital y la norma suprema del *Rechtsstaat*.¹¹ Análogamente, desde la perspectiva propia del derecho angloamericano, el profesor Schwarz escribió en 1949: "Nuestro concepto (es decir, el imperio de la ley) es una expresión tanto normativa como descriptiva".¹²

En la esfera supranacional, en 1957 se acordó en Chicago¹³ que "el imperio de la ley según se interpreta en el mundo occidental" presupone valores, aunque no se individualizaron éstos de manera detallada ni se fijó una jerarquía especial de importancia. Así, el relator general del Coloquio de Chicago, el profesor C. J. Hamson, dijo:

"Un examen de la importancia que para el imperio de la ley tienen las instituciones situadas fuera de la esfera estrictamente jurídica y la serie y diversidad de esas instituciones nos lleva a estudiar las fuerzas, aspiraciones o deseos a que obedece la creación de esas instituciones y a estudiar los objetivos para los que se han creado esas instituciones y los valores o ideas que en ellas se recogen. El imperio de la ley, como se aplica en el mundo occidental, es en este caso el resultado o el producto de esas fuerzas, ideas o valores y de su cristalización en instituciones coordinadas.

Manteniéndonos dentro de las generalidades, mencionaremos que una de las preguntas planteadas versaba sobre la relación entre el imperio de la ley y el reconocimiento de los derechos humanos enunciados, por ejemplo, en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 o en la Declaración de las Naciones Unidas y que se suelen hallar, definidos con mayor o menor precisión, en las constituciones escritas (por ejemplo, en la de Alemania, que alcanza un grado elevado de precisión). Algunos participantes manifestaron categóricamente que el imperio de la ley es inconcebible si no se reconocen expresamente esos derechos y ninguno negó que, se reconozcan o no expresamente, la afirmación de esos derechos en un sistema determinado sea una característica del imperio de la ley."¹⁴

A este respecto quizá fuera todavía más interesante e importante el debate sobre la "legalidad socialista" que tuvo lugar en Varsovia en 1958 y en el que pudieron participar observadores occidentales. Podemos utilizar ahora el completísimo informe sobre el Coloquio de Varsovia que ha publicado la Academia Polaca de Ciencias.¹⁵ En general, los participantes reconocieron que la "legalidad socialis-

¹⁰ En *Hundert Jahre Schweizerisches Recht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Centenario, 1852-1952.

¹¹ *Ibid.*, pág. 224.

¹² *Op. cit.* (véase la nota 7, pág. 11).

¹³ Véase la nota 6.

¹⁴ *Annales* (véase la nota 6), pág. 14.

¹⁵ Véase la nota 6.

ta" no es meramente una cuestión de técnica formal; es más, se insistió reiteradamente en que "el elemento más importante y decisivo de la legalidad socialista es garantizar la realización del socialismo."¹⁶

Conviene ahora averiguar si este concepto del socialismo contiene valores análogos a los que los "juristas occidentales" consideran comprendidos en su idea del imperio de la ley. Sobre este punto es posible hallar aportaciones individuales al Coloquio de Varsovia que son, en gran medida, un eco de la cita precedente del profesor Hamson. Por ejemplo, vemos que el profesor Tchikvadze decía:

"La legalidad socialista garantiza los derechos y las libertades políticas de los ciudadanos, ampara su derecho al trabajo y a un hogar, así como los demás intereses y derechos relacionados con la persona y los bienes de los ciudadanos, su vida, su salud y su dignidad. La protección de los derechos y libertades cívicas es uno de los elementos fundamentales de la legalidad socialista."¹⁷

Por otra parte, el informe sobre el Coloquio contiene afirmaciones que, no obstante reservar un lugar a los derechos humanos, los consideran en último término como un corolario de los principios del socialismo.¹⁸ Aquí reside tal vez la diferencia fundamental entre las ideas comunista y "occidental" del imperio de la ley. Ahora bien, determinar cuáles son los principios supremos del socialismo (en el sentido comunista y no en el sentido socialista "occidental") es una tarea que está más allá de las posibilidades del presente comentarista y que no guarda relación con la finalidad de este artículo, aunque quepa consignar la creencia, cualquiera que sea su valor, de que incluso un reconocimiento indirecto y exclusivamente utilitario de los derechos humanos puede convertirse, gracias a su ejercicio, en una institución de importancia ideológica fundamental.

Sin embargo, si comparamos los valores en que se basa el imperio de la ley en Oriente y en Occidente, quizá podamos subrayar que, por lo menos en lo que al Occidente se refiere, no basta enumerar algunos derechos individuales, por ejemplo, los enunciados en el párrafo 3) de la sección III de las Conclusiones de la Primera

¹⁶ *Le Concept de la Legalité dans les Pays Socialistes* (véase la nota 6), pág. 330, (Jaroszyński).

¹⁷ *Le Concept de la Legalité dans les Pays Socialistes* (véase la nota 6), pág. 324.

¹⁸ *Ibid*, pág. 330. El profesor Jaroszyński insiste en que la realización del socialismo es el elemento más importante y decisivo de la legalidad socialista. Añade que la legalidad socialista no niega la protección de los derechos individuales porque éstos derivan de los principios del socialismo; a este respecto difiere de su compatriota el profesor Ehrlich quien, según el profesor Jaroszyński, parece dar cierta prioridad a los derechos individuales.

Comisión del Congreso de Nueva Delhi ¹⁹ en forma de prohibiciones de las ingerencias legislativas en determinadas esferas de la actuación individual. En la práctica, el reconocimiento de esos valores está casi siempre limitado por excepciones, que en realidad son necesarias si no queremos que una serie de valores de importancia universal anule a otra o, si no queremos que la afirmación sin reservas por una persona de un derecho determinado plantee un conflicto insoluble con las pretensiones de otra persona que afirma otro derecho absoluto análogo. Por supuesto, esto es elemental pero no existe ninguna investigación menos general del principio que permite y justifica establecer limitaciones de determinados derechos individuales. Consideramos que el profesor Kāgi atribuye con acierto, en la frase antes citada, a la libertad y a la dignidad de la persona humana el carácter de conceptos básicos del imperio de la ley. Con esta idea en su mente, el actual comentarista preparó las conclusiones relativas a los derechos humanos que figuraban en el documento de trabajo examinado en Nueva Delhi. Así, se decía en el documento ²⁰ que el poder legislativo no debe fijar restricciones que limiten las libertades de expresión, reunión o asociación salvo en la medida en que tales restricciones sean necesarias para garantizar la libertad y la dignidad del individuo en su conjunto.

Ahora bien, ¿qué queremos decir al referirnos a la libertad o dignidad del individuo? Sólo podemos saberlo si examinamos los hechos y la única guía que nos permite determinar qué queremos decir es el criterio de la "razón y conciencia" de que, según el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, están dotados todos los seres humanos. Por este motivo, hay un

¹⁹ En particular, al hacer uso de sus facultades, el poder legislativo debe respetar las limitaciones mencionadas más adelante. El hecho de que no se mencionen específicamente otras limitaciones, o no se enumeren derechos de carácter especial, no implica en modo alguno que tales limitaciones o derechos sean de menor importancia.

El poder legislativo tiene las obligaciones siguientes:

- a) Al legislar, no debe hacer discriminación alguna entre individuos, clases de personas o grupos minoritarios por motivos de raza, religión, sexo, u otros parecidos, que no constituyen una base adecuada para que se distinga entre seres humanos, clases o minorías.
- b) No debe menoscabar la libertad de creencia y observancia religiosas.
- c) No debe negar a los miembros de la sociedad el derecho a elegir un gobierno que responda ante ellos de sus actos.
- d) No debe restringir los derechos a la libertad de expresión, reunión y asociación.
- e) Debe abstenerse de legislar retroactivamente.
- f) No debe entorpecer el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades del individuo.
- g) Debe poner en vigor recursos procesales ("Procedural Due Process") y garantías mediante los cuales se hagan efectivas y queden protegidas las libertades mencionadas.

²⁰ *El imperio de la ley en las sociedades libres*, pág. 216.

límite más allá del cual carece de utilidad elaborar una formulación *general* de los valores en que se basa el imperio de la ley. Desde luego, es importante aislar los factores que se han de tomar en consideración, pero éstos sólo empiezan a cobrar sustancia y realidad cuando son examinados por hombres razonables y conscientes, que tienen en cuenta la circunstancia de una sociedad concreta; como se indica al final del presente artículo, esto quizá nos sugiera algunas consideraciones pertinentes sobre la futura política de la Comisión Internacional de Juristas.

III. Elección de las técnicas

Lo que dijimos sobre la relatividad de todos los *valores* en que se basa el imperio de la ley distintos del valor fundamental de la dignidad y libertad de la persona humana se aplica *a fortiori* a las *técnicas* necesarias para hacer efectivo el concepto. Esta conclusión se puso también de relieve en el Coloquio de Chicago sobre "el imperio de la ley entendido al modo occidental". Por ejemplo, el profesor C. J. Hamson se refirió a la *equivalencia* de las funciones desempeñadas por las instituciones de distintos sistemas.²¹ Quizá expresara esta idea con mayor elocuencia la aportación del profesor sueco Herlitz. Puso de relieve que, si bien en todos los países nórdicos se tiene por lo general una gran consideración por el imperio de la ley, median diferencias considerables entre estos países en lo que se refiere a la aplicación de las técnicas características de este concepto; por ejemplo, *a*) en la revisión judicial de las leyes y *b*) la subordinación de las administraciones a los tribunales de justicia ordinarios o a los tribunales administrativos. Por ejemplo, en Finlandia las leyes no pueden ser objeto de revisión judicial; en Suecia la mayoría de los actos gubernamentales sólo se puede impugnar ante los tribunales administrativos; y en Noruega expresamente, y en Suecia, Dinamarca por lo menos en teoría, se acepta la revisión judicial de los textos aprobados por el poder legislativo. En el primero y en el último de los tres países mencionados, los tribunales ordinarios fiscalizan la administración, lo mismo que en Inglaterra o en los Estados Unidos.²²

Si dirigimos nuestra atención a los Congresos de Nueva Delhi, Lagos y Río de Janeiro, podremos observar también variantes interesantes en la importancia que se atribuye a una técnica jurídica determinada, variantes que responden en cierta medida a las necesidades de la región. Por ejemplo, en el Congreso de Nueva Delhi se acordó tácitamente que la detención preventiva (es decir, la de-

²¹ *Annales* (véase nota 6), pág. 9.

²² *Ibid.*, págs 152 a 154.

tención por orden del poder ejecutivo sin someter al preso a juicio por los tribunales ordinarios) es incompatible con el imperio de la ley. En cambio, en la Conferencia de Lagos, en la que se tuvieron muy presentes los problemas de los nuevos Estados, se aceptó que la detención preventiva quizá sea necesaria en situaciones de urgencia y se prestó atención a la necesidad de especificar las garantías requeridas para que una situación de esa índole sólo dure un lapso definido y limitado, de que la detención preventiva sea ratificada por el poder legislativo y de que cualquier orden de detención esté sujeta a una pronta revisión administrativa bajo la autoridad suprema de los tribunales. El Congreso de Río de Janeiro hizo expresamente suyas estas recomendaciones.

Puede observarse una diferencia análoga de apreciación en el distinto modo en que se abordó el tema de la independencia del poder judicial en los tres congresos de la Comisión Internacional de Juristas que estamos examinando. En Nueva Delhi, Lagos y Río de Janeiro todo el mundo estuvo de acuerdo en que es esencial exista un poder judicial independiente que profese el principio del imperio de la ley, pero se manifestaron criterios diversos sobre los mejores métodos para garantizar su independencia. En Nueva Delhi, se sugirió, sin afirmarlo, que cualquiera que sea el organismo encargado de los nombramientos judiciales, conviene que el poder judicial colabore o, por lo menos, que sea consultado. En Lagos, se hizo una distinción entre los países con viejas tradiciones en materia de nombramientos judiciales y los que no han fijado todavía íntegramente el sistema que se debe seguir para esos nombramientos; en este último caso, se consideró que el organismo más apropiado sería un órgano independiente, análogo a la *Judicial Service Commission* o al *Conseil Supérieur de la Magistrature*. En Río de Janeiro, la cuestión de la independencia del poder judicial no figuraba en el programa, pero los congresistas, en particular los procedentes de la América Central y del Sur, la tuvieron muy presente; se dio a ella lugar de honor en la Resolución de Río de Janeiro. Se pide en ésta a la Comisión Internacional de Juristas que preste atención a:

“Las condiciones reinantes en diversos países en lo que se refiere a la independencia del poder judicial, seguridad en el cargo y libertad frente a la intervención, directa o indirecta, del poder ejecutivo.”

Debe ponerse especialmente de relieve la importancia, implícita en esta Resolución, de relacionar las técnicas de nombramiento con las condiciones reinantes en el país.

IV. Presupuestos económicos y sociales del imperio de la ley

Dijimos al principio de este artículo que convendría prestar mayor atención a los presupuestos económicos y sociales del imperio

de la ley, cuyo elemento dinámico se subrayó particularmente en el Congreso de Nueva Delhi. Es cierto que en Lagos este elemento, que no fue descartado en modo alguno, quedó subordinado hasta cierto punto en la mente de los participantes a la necesidad imperiosa de garantizar los derechos políticos fundamentales de carácter más tradicional, por ejemplo, la representación democrática en el poder legislativo, la libertad personal y, como medio para lograr estos fines, la independencia del poder judicial y de la abogacía, pero en Río de Janeiro se volvió a poner de relieve el tema fundamental del Congreso de Nueva Delhi, especialmente en las Conclusiones del Tercer Comité sobre "La misión de los abogados en un mundo en vías de evolución". Este Comité llegó, entre otras cosas, a la conclusión de que

"Corresponde a los juristas prestar la mayor atención a la existencia de la pobreza, la ignorancia y las desigualdades en la sociedad humana y contribuir de modo eminente a la adopción de medidas encaminadas a eliminar estos males, ya que - mientras éstos existan - los derechos civiles y políticos no bastarán para asegurar la plena dignidad del hombre."

Nos estamos refiriendo ahora a "derechos" tales como el derecho a la seguridad social, al trabajo, al descanso y al ocio y a un nivel decoroso de vida (véanse los artículos 22, 23, 24 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). En esta esfera inhibe fácilmente la formación de ideas claras el temor de oponerse a la legítimas aspiraciones económicas y sociales, en particular a las de los países en vías de asentamiento. Ahora bien, afirmar que la justicia económica y social, y no meramente la política, ha de fundamentar nuestra ideal "sociedad libre" (lo que es una manera conveniente de resumir los objetivos de los que consideran que la libertad y la dignidad del individuo son el fin y el objetivo supremo de todas las organizaciones humanas) no equivale a sostener que estas aspiraciones se pueden reducir siempre a ideas jurídicas de validez universal que quepa llevar a la práctica inmediatamente. Los abogados, *en tanto que abogados*, no pueden usurpar la misión de los economistas, los sociólogos y los legisladores, aunque es sobremano conveniente que colaboren más estrechamente con ellos.

La medida en que los ideales económicos y sociales (por ejemplo, los enunciados en los "Principios rectores de la política social" de la Constitución de Irlanda o en los "Principios rectores de la política estatal" de la Constitución de la India) se pueden traducir en firmes derechos y obligaciones ha de ser forzosamente diversa de un Estado a otro en consonancia con su riqueza y desarrollo social.

Desde luego, hay algunos principios cuya importancia jurídica,

real o potencial, será reconocida por todos, incluso por los Estados menos desarrollados, principios que en la práctica guardan una estrecha relación con las necesidades económicas y sociales del hombre. El principio enunciado en la 14ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos ("Ningún Estado negará a ninguna persona sujeta a su jurisdicción la igualdad de protección jurídica" o su equivalente en otras constituciones)²³ se puede interpretar de una manera formal y legalista para que diga meramente que lo considerado igual por la ley ha de ser considerado igual por los tribunales. Pero tiene una interpretación más dinámica, según la cual el derecho sustantivo ha de estar en armonía con el principio básico de la igualdad humana. Así, puede muy bien ocurrir que los tribunales vacilen antes de intervenir en lo que cabe considerar como esfera privativa del poder legislativo, pero pueden insistir en que, sea cuales fueren las ventajas conferidas por las leyes, el disfrute de estas ventajas corresponde por igual a todos los ciudadanos. En realidad, esto puede dar lugar al reconocimiento de un derecho positivo general a la educación, por ejemplo, aunque formalmente los tribunales sólo acepten la obligación de procurar la eliminación de discriminaciones. Es un ejemplo sobresaliente de este proceso la tenaz lucha librada en los Estados Unidos contra la segregación racial en las escuelas.²⁴

Una aplicación de lo que nosotros llamamos la interpretación "dinámica" del principio de la igualdad plantea un problema inmediato a los tribunales y a la profesión jurídica. Si se pretende que la igualdad ante la ley ha de tener una significación efectiva, es evidente que ha de suponer como mínimo que, por lo que se refiere al acceso a la justicia y a la representación por abogado, la desigualdad financiera de las partes no ha de entrañar ninguna ventaja para el rico ni desventaja para el pobre. Como señaló el presente comentarista en un reciente artículo,²⁵ este objetivo está muy lejos de lograrse en cuanto a la asistencia y al asesoramiento por abogado se refiere. Es evidente que los tribunales de muchos países podrían hacer mucho más, ajustándose a las atribuciones que se les han conferido y, en particular, exigiendo el cumplimiento de los requisitos sobre la igualdad ante la ley consignados en sus constituciones, y negarse así a condenar a reos que no están defendidos o que lo están de modo inadecuado y a examinar asuntos

²³ Por ejemplo, en el párrafo 1) del artículo 3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania se dispone: "Todos los hombres serán iguales ante la ley"; en el artículo 14 de la Constitución de la India se hace referencia a la "igualdad ante la ley" y a la "igual protección de las leyes".

²⁴ Véase el artículo de Greenawalt en la *Revista* de la Comisión Internacional de Juristas (1959), vol. II, núm. 1, pág. 153.

²⁵ *Revista* de la Comisión Internacional de Juristas (1960), vol. II, núm. 2, pág. 107.

civiles en los que una de las partes no ha podido evidentemente obtener la adecuada asistencia y representación jurídicas.

En toda la esfera de la legislación social y económica, los tribunales y los abogados — además de su obligación concreta de procurar la observancia del principio de la igualdad ante la ley — tienen en general la importante responsabilidad de interpretar las leyes y los reglamentos pertinentes de manera que se reconozca que el “individualismo” no se identifica con la filosofía política del siglo XIX. Por desgracia, se advierte todavía una tendencia a interpretar el imperio de la ley como apoteosis del individualismo político y contrastarlo con una filosofía colectivista que, se pretende, es la única que puede satisfacer las necesidades de las sociedades modernas. Lo que se necesita es una concepción jurídica del individuo relacionada con todo su ser, trabajo, ocio, educación y salud, así como con sus derechos políticos y espirituales en la sociedad. En “Los Hermanos Karamazov”, hablando por boca del gran inquisidor, Dostoyevsky nos da a escoger entre la libertad del individuo y la obtención del pan de cada día. Dice el gran inquisidor: “Dale pan y el hombre te adorará porque no hay nada más seguro que el pan”. El imperio de la ley, en el sentido amplio en que nosotros lo interpretamos, niega que sea inevitable escoger entre la libertad y el pan.

La delegación de atribuciones discrecionales al poder ejecutivo da lugar a muchos de los problemas más difíciles relacionados con la legislación económica y social. Fue satisfactorio observar que los Comités Primero y Segundo del Congreso de Río de Janeiro se preocuparon por la posibilidad de fiscalizar y guiar esos actos del poder ejecutivo por medio del poder legislativo, de los tribunales o de mecanismos integrados en la misma administración. Ahora bien, es limitada la posibilidad de elaborar métodos de validez universal que se puedan aplicar a las instituciones y procedimientos apropiados para desempeñar las múltiples funciones del Estado moderno; así se puso de manifiesto en la forma cautelosa y prudente en que se expresaron muchas de las resoluciones de los dos Comités mencionados.

Si examinamos las resoluciones de estos Comités junto con la labor de la Comisión que en el Congreso de Nueva Delhi se ocupó del poder ejecutivo y del imperio de la ley, observamos que — en términos generales — se sentaron los principios siguientes:

1. En general, todo ejercicio de las atribuciones ejecutivas se ha de basar en la existencia de un poder legislativo elegido democráticamente y en un poder judicial y una abogacía independientes.
2. El poder legislativo, en virtud de limitaciones constitucionales o en la práctica, ha de respetar la dignidad y la libertad del individuo.
3. Los actos del poder ejecutivo han de estar en armonía con la ley o han de estar comprendidos en la esfera discrecional fijada por ésta.

4. Si se han atribuido al poder ejecutivo funciones discrecionales, los que las ejerzan han de tener el menor contacto posible con el funcionamiento cotidiano de la administración.
5. En todos los casos en que una decisión tenga efectos para algunos individuos, éstos han de tener el derecho de presentar sus argumentos y la posibilidad de presentarlos, normalmente por mediación de agentes jurídicos, si así lo desean.
6. Las decisiones adoptadas por el poder ejecutivo se han de basar en motivos al alcance de las partes interesadas.
7. Se ha de reconocer el derecho a interponer recurso contra una decisión del poder ejecutivo tomada en virtud de funciones discrecionales, bien directamente ante un tribunal ordinario o ante un tribunal administrativo independiente, por lo menos sobre los puntos de derecho, o indirectamente por conducto de un órgano administrativo más elevado.

Son éstos útiles principios de carácter general, pero no queremos criticar a los que tomaron parte en los Congresos de Nueva Delhi y Río de Janeiro al decir que son inevitablemente flexibles y contienen muchos puntos sujetos a interpretación que sólo se pueden resolver en el contexto de un determinado sistema jurídico de una sociedad determinada. Bastará mencionar meramente el problema a que da lugar la determinación de los "intereses" legítimos de un individuo, esto es, la posibilidad de recurrir ante una autoridad ejecutiva o ante un tribunal.

V. Conclusiones

La Comisión Internacional de Juristas — que, con otros organismos, ha estudiado con particular cuidado la posibilidad de formular *el imperio de la ley como concepto supranacional* de carácter práctico — quizá considere que, en la fase actual del debate, la realización de más progresos dependerá de la aplicación de los principios generales ya definidos a países determinados, o a grupos de países, con análogas tradiciones políticas y con problemas sociales y económicos parecidos. El presente comentarista carece de autoridad para hacer la propuesta, pero se permite insinuar que tendría mucha utilidad encargar a un grupo de jurisconsultos la realización de estudios separados sobre la aplicación del imperio de la ley en países o regiones determinadas, por supuesto no como mero ejercicio académico, sino sobre la base de contactos personales y de una estrecha colaboración con los abogados y los funcionarios gubernamentales, así como con personas ajenas al derecho (especialmente economistas y sociólogos) de los países objeto de examen.²⁶ No

²⁶ Quizá sea oportuno mencionar aquí que, en colaboración con los profesores Hambro, de Noruega, y Westerberg, de Suecia, el presente comentarista está realizando un estudio sobre la aplicación del imperio de la ley en las condiciones económicas y sociales del Reino Unido, Noruega y Suecia.

pretendemos con ello que no haya de llegar un día la necesidad de reafirmar en el plano internacional las verdades fundamentales y las valiosas enseñanzas prácticas que fueron el fruto de los Congresos de Nueva Delhi, Lagos y Río de Janeiro. Tal vez no sea demasiado optimista prever la posibilidad de una síntesis entre lo que se consiguió en Chicago y Varsovia y los principios enunciados en los Congresos de la Comisión Internacional de Juristas.

NORMAN S. MARSH *

* Director del Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado. Londres; ex secretario general de la Comisión Internacional de Juristas.

EL CONCEPTO MUNDIAL EN DESARROLLO DEL IMPERIO DE LA LEY VISTO DESDE LOS ESTADOS UNIDOS

La notable eficacia de la Comisión Internacional de Juristas, en los diez primeros años de su existencia, es prueba elocuente de la atracción universal que ejerce el ideal de justicia. En un mundo en que el recurso a la fuerza en las relaciones internacionales puede significar el aniquilamiento, y en que se emplea la fuerza en el plano nacional para establecer o consolidar tiranías, puede servirles de aliciente a los pensadores el entusiasmo con que los juristas del mundo han respondido a los esfuerzos de la Comisión en pro de un acuerdo global sobre los elementos del imperio de la ley. Cada vez que se han dado a la publicidad violaciones de la ley, tanto los abogados como el público en general han aprobado las respectivas denuncias de la Comisión y las críticas por ella formuladas. De hecho, la eficacia de los esfuerzos de la Comisión, pese a que no dispone de ningún mecanismo de aplicación obligatoria o de sanción, pone de relieve, en forma patente, el poder de las ideas.

La mayoría de las organizaciones internacionales de abogados se ocupan principalmente de problemas de derecho internacional y tratan de fomentar el desarrollo de instituciones internacionales pro solución pacífica de las controversias entre gobiernos. La Comisión Internacional de Juristas, dejando que otros se dediquen a estos empeños, optó por seguir un rumbo distinto, concentrando su atención sobre el imperio de la ley en el derecho interno y en particular sobre el trato que los gobiernos dan a sus propios nacionales. Indudablemente los que en este campo, dentro de sus respectivas naciones, construyen el edificio comenzando por los cimientos, y los que laboran para dar una base sólida a su sueño de un ordenamiento jurídico mundial, a algún día acabarán encontrándose en un terreno intermedio común, y entonces ambos movimientos tenderán a fusionarse en uno solo, infundiendo cada uno de ellos mayor vigor al otro. Es innegable que la falta de legalidad en el seno de las naciones constituye un importante obstáculo a la creación de un mundo en que exista un mecanismo eficaz para la solución pacífica de las controversias internacionales.

Del consenso cada vez mayor de los juristas reunidos bajo la égida de la Comisión, para estudiar los problemas de los derechos humanos fundamentales, nacieron — primero de la Conferencia Regional de Lagos, de 1961, y luego en el Congreso Mundial de Río

de Janeiro, de 1962 – propuestas para la creación de tribunales regionales de derechos humanos, siguiendo posiblemente el modelo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vemos en ello una ilustración práctica del proceso por el que la creación de normas de justicia generalmente aceptadas en derecho interno puede, a la larga, contribuir a la de un ordenamiento mundial. Sobre todo en las regiones del mundo en que las naciones nuevas están edificando nuevas estructuras gubernamentales, los sistemas regionales de protección de los derechos fundamentales pueden servir de base firme a un desarrollo sano.

El éxito de los esfuerzos de la Comisión en el último decenio refleja sin duda alguna el carácter universal de los derechos humanos fundamentales, que se debe precisamente a que los cualidades comunes de la humanidad trascienden las diferencias de los sistemas jurídicos y sociales. Detener a un hombre sin decirle por qué, imponerle un castigo sin darle oportunidad adecuada de defenderse contra las acusaciones que se le hacen, éstas son prácticas que los juristas de todos los países reconocen como injustas. Sin embargo, tales prácticas aún son corrientes en muchas partes del mundo. Otro elemento universal del imperio de la ley que con demasiada frecuencia se desacata es el derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial. De todos los principios examinados por la Comisión o en las diversas conferencias, el que resalta con mayor claridad es el de la importancia que tiene la independencia tanto de los jueces como de los abogados, si se han de afirmar y proteger los derechos fundamentales.

También en otros sentidos los problemas de derecho interno son, con frecuencia, mucho más universales de lo que pudieran pensar el juez o el abogado sumergidos en su labor diaria. Quisiéramos mencionar unos cuantos aspectos del sistema jurídico de los Estados Unidos, así como de nuestra historia jurídica, que tal vez no sean muy conocidos de los juristas de otros países y que pueden influir en la elaboración de una definición universal del imperio de la ley.

1. El "Common Law" hace hincapié en los hechos y en la práctica

El sistema del "Common Law", que los Estados Unidos adoptaron del sistema inglés después de liberarse del dominio colonial, está profundamente impregnado por la idea de que las soluciones jurídicas justas sólo se pueden lograr mediante la más detenida investigación de los hechos de cada caso. Las teorías y los principios jurídicos abstractos se consideran con cierta frialdad, porque son demasiado susceptibles de provocar errores o de no arrojar la debida luz, a no ser que se les enfoque constantemente sobre las realidades

prácticas de la situación con que se enfrenta el abogado (el juez, o el legislador). Este punto de vista se refleja en particular en el hecho, bien conocido, de que el instrumento de trabajo tradicional del abogado de "Common Law" consiste en citas de decisiones judiciales - o sea de principios jurídicos expresados y aplicados en situaciones concretas, y no *in abstracto* como sucede en los códigos civiles. El "Common Law" descansa en gran medida en el criterio de que un juez honrado tendrá mayor facilidad para tomar una decisión justa, en un caso dado, que para explicar adecuadamente dicha decisión en los términos de su aplicación general. Esta actitud fue ilustrada por uno de nuestros más eminentes y eruditos juristas, cuando hace poco, al desenmarañarse de una delicada situación social, dijo al referirse a una de las personas en ella envueltas: "Ese hombre debe ser un juez: aunque se basó en un motivo erróneo, ha sabido llegar al resultado justo". De ahí que, en el pensamiento jurídico del "Common Law", el enfoque sea más sobre la decisión tomada que sobre las teorías aducidas para explicarla o justificarla. Esto no significa que los principios jurídicos no sean una guía útil, sino que el factor que entra en juego es la creencia de que, normalmente, el sentido de justicia del hombre rebasa su capacidad para formular los principios de justicia.

No estamos desde luego tratando de convertir a nadie al sistema del "Common Law", ni dando a entender que los abogados romanistas no se interesan por los hechos. Sí estimamos, en cambio, que existe una analogía sugestiva entre el enfoque del "Common Law" y la labor de la Comisión Internacional de Juristas, al tratar ésta de obtener un consenso mundial sobre los requisitos del imperio de la ley. Efectivamente, la tarea de la Comisión, en este su empeño, es abrirse paso a través de las diferencias de teoría y terminología, hasta llegar a una definición universalmente aceptada, y de significado universal, del imperio de la ley. El proceso consiste fundamentalmente en examinar los problemas prácticos que se plantean en muchos países, desprendiendo de ellos unos principios que reflejen los criterios de juristas acordados en relación con las decisiones que deban tomarse. Dicho proceso es muy similar al que siguen los abogados de "Common Law" al ejercer sus funciones en su país y dentro de los límites de su propio sistema jurídico. La larga experiencia de nuestro sistema y de nuestras instituciones jurídicas, en la aplicación de esta técnica, podrá ser útil a la Comisión en su labor, como también habrá otros sistemas que puedan aportar su contribución particular.

Esta costumbre, de concentrarse más en los hechos que en las teorías, aumenta considerablemente la capacidad de los abogados para contribuir en muchas formas diversas al progreso de sus respectivas comunidades, sobre todo cuando estén apareciendo nuevas tendencias y estructuras sociales que busquen expresión jurídica.

Así, al buscar una nueva formulación del terreno común a los abogados del mundo en el campo de los derechos humanos, la Comisión viene difundiendo y estimulando técnicas de pensamiento jurídico, cuyo inmenso alcance constructivo rebasa considerablemente el ámbito de sus preocupaciones inmediatas.

2. El concepto del "debido proceso" ("Due Process") en el derecho norteamericano

La expresión "imperio de la ley" no es, en derecho norteamericano, un término técnico dotado de significado preciso. Esto puede ser un inconveniente, o puede ser una ventaja al permitir a los abogados norteamericanos enfocar la labor de la Comisión sin ideas preconcebidas, que pudieran ser distintas a las de sus colegas de otros países. En todo caso estimamos que para la elaboración de un concepto mundial del imperio de la ley, se puede sacar provecho de la evolución histórica de nuestra muy análoga garantía constitucional según la cual ninguna persona podrá ser "privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso jurídico". Esta disposición, aplicada como restricción al gobierno federal mediante la Quinta Enmienda a nuestra Constitución en 1791, y como restricción a los gobiernos de nuestros Estados mediante la Decimocuarta Enmienda de 1868, ha sido considerada como amplia garantía de justicia y equidad, para ser puesta en práctica por los tribunales y la profesión jurídica y cobrar gracias a ambos su verdadero significado.

Si bien la cláusula de debido proceso constituye, literalmente, la garantía de un procedimiento (o "proceso") equitativo, en diferentes momentos y en grados diversos ha sido aplicada también una limitación a la sustancia de la ley. Para citar un ejemplo sencillo, en muchos casos se estima que la legislación retroactiva viola la cláusula de "debido proceso", sean cuales fueren los procedimientos de adopción o aplicación de la ley. De igual modo, a falta de alguna justificación racional, una ley que fijara un impuesto especial a los individuos de pelo rubio y de ojos castaños indudablemente se consideraría contraria a la garantía de debido proceso. En esta forma, la cláusula de debido proceso se ha aplicado con el fin de exigir un procedimiento justo y de prevenir actos discriminatorios basados en clasificaciones no razonables.

En el transcurso de los años, los tribunales norteamericanos han tropezado con dificultades para determinar hasta qué punto la amplia garantía de equidad, que entraña la cláusula de debido proceso, podía interpretarse en el sentido de extenderse más allá de las cuestiones procesales, hasta alcanzar a las de fondo. Por ejemplo, entre 1920 y 1930, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en varias ocasiones, estimó que determinadas medidas legislativas

de reforma social, tales como las leyes que fijaban salarios mínimos y horas máximas, constituían violaciones del debido proceso, en base a la teoría de que el gobierno restringía indebidamente la libertad individual al imponer límites a las horas de trabajo y a las escalas de salarios. Hace mucho que el Tribunal repudió dichas decisiones. El dilema subyacente estriba en que el debido procedimiento, por sí solo, no siempre resulta suficiente para obtener aunque sea un grado mínimo de justicia y equidad – y sin embargo también es verdad que las garantías básicas de justicia en la ley no deben poner excesivas trabas a la conciencia pública, en la elaboración de nuevos conceptos de servicio del gobierno a los ciudadanos.

Es significativo el hecho de que, en la elaboración y desarrollo de su definición del imperio de la ley, la Comisión Internacional de Juristas se haya encontrado con el mismo problema. El Acta de Atenas de 1955, aunque principalmente se refería a protección en materia procesal, afirmó también las libertades de palabra, prensa, culto, asamblea y asociación. Asimismo, la Declaración de Delhi de 1959 rebasó las cuestiones de procedimiento, expresando que el imperio de la ley debía emplearse para crear condiciones sociales, económicas, de enseñanza y culturales que permitan la realización de las aspiraciones legítimas del individuo dentro de la dignidad. Y el Congreso de Río de Janeiro de 1962 se preocupó sobre todo del papel del derecho en una sociedad que sufre cambios rápidos, con todas las consecuencias que esto representa desde el punto de vista del fondo más bien que de la forma.

El Acta de Atenas resulta especialmente interesante desde el punto de vista de un abogado norteamericano, pues las libertades civiles que dicho instrumento incorpora en el ámbito del imperio global de la ley, en nuestra tradición son consideradas esencialmente procesales en teoría política, aunque no jurídica. La libertad de estar en desacuerdo con el gobierno, y de expresar dicho desacuerdo, se considera procedimiento (o proceso) político vital, que permite corregir errores e incluir en la ley ideas nuevas sin recurrir a la fuerza. Esto, de hecho, es *procedimiento* en el sentido más elevado. Es indudablemente por este motivo que los tribunales norteamericanos han interpretado la garantía de debido proceso en el sentido de que obliga a los gobiernos de nuestros Estados a respetar las libertades civiles fundamentales, aunque nuestra Constitución sólo las garantiza, literalmente, contra actos del gobierno federal.

No pretendemos que la experiencia norteamericana de interpretación de la cláusula de debido proceso sea directamente aplicable, a modo de guía, al desarrollo futuro del imperio de la ley. Nuestro problema de interpretación constitucional abarca a las relaciones entre el gobierno federal y los de los Estados, como también la división de funciones entre el poder judicial y los demás

ramos del gobierno, factores éstos que no entran de igual modo en la labor de la Comisión. No obstante, la analogía es instructiva, pues recalca la necesidad de poner cuidado en que sean justos tanto el tenor como la forma de la ley, y hace ver cuán poco conveniente sería tratar de prescribir dicho tenor, salvo en sus aspectos más fundamentales.

3. El proceso evolutivo en el derecho norteamericano

Fundamentalmente, el peligro que representa el tratar de prescribir el tenor de la ley con miras a su aplicación durante largos periodos de tiempo, o en varios países, estriba en que no habría cabida para el desarrollo del derecho. A medida que crece y cambia una sociedad, también sus leyes deben desarrollarse y cambiar.

El imperio de la ley puede definirse, en términos generales, como la alternativa ordenada y pacífica a la solución de los problemas sociales por la fuerza. Si se le mira desde este ángulo, el imperio de la ley debe evidentemente ofrecer protección a los derechos existentes, como también medios para crear otros derechos nuevos o modificar los antiguos cuando así lo exijan las nuevas circunstancias.

Pocas personas, en nuestro país o fuera de él, se dan cuenta plenamente del constante proceso de rápida evolución en que se encuentran los Estados Unidos. De no ser así, nos sería imposible mantener nuestra posición en el mundo. Este proceso se efectúa en varios frentes, y tarde o temprano suele reflejarse en nuestras leyes, por lo que la profesión jurídica del país ha adquirido gran experiencia y habilidad en la edificación de nuevas instituciones sociales. En nuestras Facultades se enseña el derecho como un conjunto de doctrina en evolución, gracias en parte al hecho de que el "Common Law" es por su esencia una estructura orgánica creciente, y no (aún en su forma) un instrumento elaborado en un momento determinado y emplazado por unos cuantos hombres. Estimamos que la experiencia norteamericana, en el campo de las técnicas y problemas de efectuar cambios por medio de la ley, puede constituir una fuente provechosa para abogados de otros países.

Sin embargo, por importante que sea el proceso de evolución, los fundamentos del imperio de la ley no varían. El hecho que llama la atención, ilustrado vigorosamente por la relativa facilidad y rapidez con que ha progresado la labor de la Comisión en los últimos diez años, es que la lucha básica de los amigos de la libertad es la misma siempre y en todas partes. Es una lucha que nunca acaba. Los derechos más fundamentales deben constantemente conquistarse, reconquistarse, protegerse, renovarse y volverse a interpretar. En esta lucha por la libertad todos los abogados son

hermanos, y todos tienen problemas similares. En cada país el progreso máximo depende de la independencia tanto de los jueces como de los abogados, y el progreso general dependerá de la medida en que, con la ayuda de la Comisión, abogados y jueces independientes, de muchos países, puedan y quieran seguir trabajando hombro con hombro.

Sobre esta tela de fondo, esperamos que los abogados y las Facultades de Derecho de los Estados Unidos puedan aportar al concepto del imperio de la ley una contribución importante, que sea de interés para los juristas de todos los países. Para muchas naciones, el problema crucial de la actualidad consiste en alcanzar el desarrollo económico y social que anhelan, sin abandonar el sendero de la ley por el de la fuerza. La mayor utilidad de la labor de la Comisión Internacional de Juristas está en demostrar que el progreso bajo el imperio de la ley no sólo ofrece la mejor solución, sino que ésta es de logro relativamente fácil para quienes estén dispuestos a confiar en las funciones creadoras de la ley y a invocarlas. El imperio de la ley es una bandera bajo la cual pueden unirse tanto los hombres libres como los que quieran serlo.

WHITNEY NORTH SEYMOUR *

SAUL L. SHERMAN **

* Abogado, Nueva York; ex presidente de la Asociación Estadounidense de Abogados.

** Abogado, Nueva York; secretario ejecutivo del Fondo Americano para los Juristas Libres.

REFLEXIONES SOBRE EL IMPERIO DEL DERECHO

Precisiones

El hombre confundido de nuestro tiempo – de este tiempo en el cual son cada día más los que proclaman a la náusea como sustitutivo de la trascendencia, a la tecnología como sustitutivo de la ciencia y a la “presión” como sustitutivo del convencimiento –, necesita disponer por lo menos de un seguro diccionario, si todavía quedan en su espíritu reservas que lo impulsen a encontrar un camino hacia la claridad.

¿ Imperio del Derecho ? La proposición carecerá de sentido, en tanto no convengamos acerca del significado de la palabra “Derecho”.

Si “Derecho” es, simplemente, el mandato del soberano, como lo pretenden los tecnólogos del formalismo, en un retorno desprevenido hacia la vacuidad de John Austin, y si “soberano” es, simplemente, el que dispone de la mayor fuerza – cualquiera sea el contenido concreto del principio de legitimación que invoque para ejercerla –, “Imperio del Derecho” no significará otra cosa que la perfecta adecuación de las conductas individuales y del desarrollo de las relaciones interindividuales a los mandatos de quien disponga de la mayor fuerza. El perfecto “Imperio del Derecho” podrá realizarse, así, donde la dimensión del poder de que dispongan los gobernantes sea tan formidable, o donde el espíritu de resistencia de los gobernados haya sido tan absolutamente disminuído, como para que los “mandatos del soberano” se cumplan inexorablemente y sin rebeldías. La medida del “Imperio del Derecho” estaría dada por el mayor o menor ajuste entre el “deber ser” proclamado por las normas y el “ser” de las relaciones sociales, independientemente de toda consideración acerca de los contenidos éticos o políticos de tales normas.

Aún así entendido, el “Imperio del Derecho” no aparece despojado de toda posible vinculación a una teoría de los valores, a una cierta escala de ideales. Para quienes estimen *la paz* o *el orden* por encima de toda otra cosa – una paz formal, pensada simplemente como ausencia de luchas o conflictos materiales; un orden estático, pensado simplemente como abolición efectiva de toda insurgencia –, puede constituir un ideal apetecible la realización del “Imperio del Derecho” como armonía perfecta entre “lo que se mande” y “lo que se haga”, prescindiendo de toda discusión previa acerca del

contenido concreto del mandato. Un comunista podrá sostener que el "Imperio del Derecho" es mucho más intenso en la U.R.S.S. que en los Estados Unidos, por cuanto en la U.R.S.S. las disposiciones de su gobierno tienen más efectivo acatamiento y cumplimiento que en cualquier Estado democrático sobre la tierra; y podrá sostener que así se realiza un valor de muy alta jerarquía.

Pero cuando la Comisión Internacional de Juristas alude al "Imperio del Derecho", ella ha de referirse, ciertamente, a algo muy distinto.

Si la tecnología contemporánea ha resuelto disecar el concepto mismo del Derecho para jugar con su cadáver, con su mera forma, nosotros reivindicamos la necesidad moral y política de preservarlo íntegro, aunque ello nos impida incluir en la sistemática de una misma ciencia el estudio de las fórmulas dictadas para regular la convivencia en los Estados respetuosos de la condición humana, el de los mecanismos de poder vigentes detrás de todas las "cortinas", y el de las normas disciplinarias acatadas y cumplidas en las asociaciones de delinquentes.

El concepto integral de "Derecho" ya no puede ser confundido con toda regulación normativa de la convivencia que cuente a su favor con el beneficio de que su acatamiento pueda ser exigido mediante la actuación del poder del Estado.

En el siglo pasado, y aún en este siglo, muchos juristas y filósofos, al proponerse la necesidad de distinguir entre los diversos órdenes normativos que regulan la convivencia humana (moral, derecho, usos sociales, etc.), estimaron suficiente para caracterizar al Derecho definirlo como un orden normativo destinado a regular los actos externos del hombre singularizado por la posibilidad de que sus disposiciones fueran impuestas por el poder étático. En muchas de estas definiciones no se contiene referencia alguna a la necesidad de un cierto contenido ético.

Así se pudo aludir al "Derecho nacionalsocialista", o al "Derecho instaurado por los anarquistas en ciertas regiones de España durante la guerra civil", o al "Derecho soviético". Es evidente que, en todos esos casos, el objeto al que se alude es un sistema de normas relativas a la conducta humana, amparadas por el poder coactivo de un cierto aparato estatal.

Pero tales sistemas normativos traducen exclusivamente los designios de una voluntad de poder, no tienen ni su fuente ni su sustento en el consentimiento libremente elaborado y libremente expresado de la comunidad a la cual se aplican, sino que ellas son el "diktat" de un grupo — generalmente minoritario — que se impone por la fuerza material de que dispone; y el "deber ser" que por tale normas se proclama no reconoce límites infranqueables, puestos por una cierta concepción acerca de lo que no puede ser quitado al hombre por integrar su esencia irreductible.

¿ Por qué utilizar una misma palabra para designar dos categorías tan diferentes ? Es seguro que un filósofo del Derecho consideraría grave deficiencia técnica el empleo de términos que involucrarán en una misma definición lo que en el mundo occidental se reconoce como "Derecho" y como "Moral". En cambio, son muchos los que admiten definiciones del Derecho que permiten situar dentro de ellas al derecho anglosajón del siglo XX y a la preceptiva nacionalsocialista, aún cuando estos dos objetos del conocimiento están más alejados entre sí, tanto por su significación conceptual como por su función social, su estructura, sus orígenes, su "sentido", que la Moral y el Derecho occidentales.

Creo que estas consideraciones obligan a reservar la expresión "Derecho" - si es que ella ha de seguir teniendo significación en nuestro tiempo - para designar sólo *cierto tipo* de órdenes normativos de los que gozan del beneficio de imposición por el poder del Estado, y no para designar todos los órdenes normativos que gozan de tal beneficio.

Tenemos que reconocer que existen en nuestra época "*estructuras de Derecho*" y "*estructuras de Poder*"; que es común a unas y otras el desenvolverse conforme a sistemas normativos que imponen un "deber ser" a la conducta humana, susceptibles de ser impuestas por medio de la coerción; pero debemos reconocer, al mismo tiempo, las diferencias sustantivas que existen entre los sistemas normativos vigentes en unas y otras de esas "estructuras"; y si las palabras han de servir para que los hombres se entiendan, y no para que se angustien en la confusión de una torre de Babel, la expresión "Derecho" no puede ser empleada para designar a dos objetos tan absolutamente disímiles.

El Derecho - en el único posible sentido actual de esa expresión - es un fruto de la evolución cultural de la Humanidad, una nueva categoría que no puede ser confundida con la imposición de un orden fáctico por el primer hombre de las cavernas que se apropió de un garrote en exclusividad, o con las proclamaciones de un dictador que dispone de vidas y haciendas porque ha sido bastante hábil como para sustituir clava primitiva por un puñado de ametralladoras. Sus dictados se parecen tanto al Derecho como los reglamentos de la "maffia" se parecen a la Constitución de Filadelfia.

Reservamos, pues, la expresión "Derecho" para designar a un orden normativo de la conducta humana instituido por el consentimiento libremente elaborado y libremente expresado de una comunidad constituida en Estado, cuyas normas reconocen como límite las prerrogativas inherentes a la personalidad humana, cuyo acatamiento puede ser exigido coactivamente por el Estado, y mediante las cuales se persigue la realización de la justicia en la paz.

Cuando nos preguntamos, pues, si es deseable el "Imperio del Derecho" y de qué manera se podrá alcanzar ese ideal, nos referimos

al Derecho así entendido, y no a cualquier ordenamiento de la conducta impuesto por cualquier estructura política.

Los valores implicados

Planteada la cuestión en estos términos, es evidente que el designio de alcanzar el "Imperio del Derecho" ya no significará solamente un propósito de *paz*, entendido este valor "paz" simplemente como ausencia de conmoción o de lucha, o como sofocamiento de toda rebeldía.

En primer término, bregamos por el "Imperio del Derecho" por una necesidad de *libertad personal*; por la convicción de que solamente en cuanto las comunidades humanas resuelvan someter al Derecho la regulación de la convivencia, el disciplinamiento de la inextricable malla de relaciones interindividuales e intergrupales que constituyen la "vida social", podrá ser salvada la medida de libertad que cada hombre necesita para vivir conforme a su "condición humana". La experiencia histórica – la remota y la próxima – demuestra que todo otro sistema de regulación – particularmente el propio de las "estructuras de Poder" – es inconciliable con la sobrevivencia de la libertad personal, y coloca al súbdito en una "condición infrahumana".

Pero, además, la convivencia jurídica organizada no tiene un sentido estático, no se propone simplemente evitar las agresiones a la paz en un grupo humano cristalizado o paralizado. Tiene un sentido dinámico, como la vida misma, y sirve y acompaña a la evolución constante que es el carácter propio de lo viviente. El Derecho sirve a la evolución, al crecimiento de los grupos humanos, tendiendo a hacerlo ordenado, incruento, pacífico; pero también conduciéndole hacia un ideal de mayor *justicia*. Es conforme a la naturaleza de las cosas que todo cambio de la estructura social tendiente a mejorar los "standards" de justicia, por la mejor distribución de la riqueza, por la ampliación de los beneficios que derivan de la agrupación en Estados, por la más adecuada retribución del esfuerzo humano, suponga la abolición de privilegios o la limitación de ganancias para ciertos integrantes del grupo social, generando su resistencia más o menos violenta. De ahí que no siempre sea posible que a la acción que al Derecho incumbe para impulsar tales transformaciones estructurales, se acompañe una perfecta vigencia de sus normas, capaz de asegurar con plenitud el orden y la paz. Aún en los países en los cuales el Derecho rige con mayor plenitud, en los momentos en que se producen a su impulso transformaciones de la estructura social tendientes a asegurar un más elevado "standard" de justicia, se producen desacomodamientos que comprometen temporalmente la perfección de la "paz jurídica". Un balance razonable entre estos valores – paz, libertad y justicia – señalará el

camino a seguir. Las revoluciones desordenadas que en nuestra época persiguen, por los caminos oscuros de la violencia y de la tiranía, más altos niveles de justicia social (nos colocamos en el mejor de los casos para apreciarlas), responden a impulsos primarios y caen en el trágico error de sacrificar los valores "paz" y "libertad" al valor "justicia". Los regímenes conservadores, ciegos, sordos y mudos a las solicitudes de las masas desposeídas y sólo dirigidos a blindar mediante sus leyes los privilegios de las minorías en la ilusoria pretensión de hacerlos invulnerables, invocan, como justificativos de sus conductas, la necesidad de asegurar el valor "paz", aunque para ello estén destruyendo los valores "libertad" y "justicia".

Sólo se cumple el "Imperio del Derecho" cuando se obtiene un general y razonable acatamiento del sistema normativo, al tiempo que la acción de las normas jurídicas, garantizando la libertad, conduce hacia más elevados niveles de justicia.

Estados críticos de las sociedades humanas hacen sumamente difícil este equilibrio perfecto entre paz, justicia y libertad. En los hechos, será un problema de técnica y de sabiduría para los gobernantes el determinar cuál de estos valores requiere una acción más pujante, una atención más inmediata. Pero lo que interesa es que se comprenda que sólo atendiendo a los tres valores el Derecho cumple su misión. Porque el hombre es como es, cabe asegurar que no habrá paz sin justicia y libertad; ni justicia sin paz y libertad; ni libertad sin paz y sin justicia. Y porque el Derecho es lo que es, no hay "imperio del Derecho" sin paz, justicia y libertad.

Un neo-romanticismo

¡ Cuántas fuerzas son las que se oponen al "Imperio del Derecho", además de los vicios del temperamento que hacen a ciertos hombres violentos, intolerantes, arbitrarios, rapaces, o simplemente egoístas !

De esas fuerzas que se oponen hoy al "Imperio del Derecho" y están comprometiendo peligrosamente en esta parte del mundo desde donde escribo el progreso de la juridicidad, quisiera referirme solamente a una de ellas.

Hace más de una centuria, la revolución romántica sacudió al Occidente de uno a otro extremo con notable potencia. El movimiento romántico, que en la literatura lo impregnó todo con su subjetivismo, sus amorosas angustias y sus claros de luna, fue en política una formidable afirmación del valor de la libertad de los hombres y de los pueblos. Aquí, en la América Latina, como en la Europa de la década de 1830 a 1840, tuvo ese sentido profundo. Fueron de estilo incuestionablemente romántico las luchas que, en

estas nuevas Repúblicas recién nacidas a la independencia política, se libraron para consolidar los principios de libertad.

Ahora advertimos el surgimiento de otra tendencia, muy semejante al romanticismo del pasado siglo en su impulso, en su relativo irracionalismo, en la urgencia de sus reclamos, que también se difunde particularmente entre los jóvenes y define el sentido de su militancia en las cuestiones políticossociales.

Pero este neo-romanticismo, tan apasionado y generoso como el otro, parece desentenderse del valor de la libertad y dirigirse exclusivamente hacia la realización de un nuevo sentido de la justicia.

Se trata de un movimiento poderoso, que en diverso grado está incidiendo en la política interna de todos los Estados latinoamericanos y que muestra poseer una notable capacidad expansiva. Lo caracteriza un tono de resentimiento y de reacción respecto de las actuales estructuras, y aún de los valores que ellas representan.

A estos jóvenes no les importa demasiado el "Imperio del Derecho". Ven al Derecho existente más que como a un medio de establecer la paz entre los hombres y de proteger sus libertades, como a una estructura construída exclusivamente para la defensa de injustos privilegios de minorías. Advierten que grandes masas se debaten en el infraconsumo, al margen de todas las ventajas que los Estados modernos ofrecen a sus poblaciones, y no confían en los procedimientos normales, acompasados por el Derecho, para obtener su rescate y su dignificación.

Quieren hechos, hechos inmediatos, aún cuando esta "política del hecho" pueda significar el oscurecimiento o el eclipse de las libertades fundamentales y el quebrantamiento de la paz. No se alarman porque aquí o allá se cercene la libertad de la prensa, pues suponen que tal libertad no existe más que para empresas representativas de intereses antipopulares; aunque ellos mismos beneficien de tal libertad. No creen en los Parlamentos, puesto que los consideran dominados por los grupos privilegiados, y confían, más que en los procedimientos democráticos, en la acción de "núcleos de presión", sean sindicatos, agrupaciones estudiantiles, organizaciones de funcionarios, etc. Quieren mejores "standards" de justicia social a conquistar rápidamente, si es necesario a expensas de cualquier otro valor.

Los que observan desde lejos la agitación que en la América Latina se viene insinuando a partir de la revolución castrista en Cuba, se engañarán gravemente si caen en el error de creer que ella no responde sino a la expansión del comunismo internacional. Claro está que el comunismo internacional se sirve maravillosamente de esta agitación y la estimula por todos los medios a su alcance; claro está, también, que estos "neo-románticos" aliberales, estos

“justicialistas”¹ revolucionarios, ven con mayor simpatía al comunismo internacional que a los grupos que pretenden realizar la justicia social por las vías ordenadas del Derecho, por cuanto piensan que la acción destructiva del comunismo ha de ayudarles a quebrantar las actuales estructuras económicas. Pero esas alianzas implícitas o expresas entre “justicialismo” y comunismo — favorecidas, hay que decirlo, por la torpeza, el egoísmo y la ceguera de los grupos conservadores y por la política del Departamento de Estado, que tanto favoreció a esos grupos hasta el advenimiento de Kennedy —, no permiten confundir lo uno con lo otro e identificar ambos movimientos.

No se puede ocultar la enorme importancia que va adquiriendo esta actitud política en las nuevas generaciones de esta parte del mundo. Es absurdo pensar, además, que los correctivos para el primitivismo intelectual que ella traduce pueden encontrarse por el empleo de medios de poder, por el recurso a la coerción o a medidas de policía.

Sin duda alguna, el progreso de este balbuciente “justicialismo” primario, que desvaloriza al Derecho, a la paz, a la libertad, propone un problema educacional gravísimo. Pero los esfuerzos que puedan realizarse a través de la educación para reimplantar la escala de valores que ha servido hasta ahora al establecimiento del orden político en la mejor parte del Occidente (paz con justicia y libertad), demorarán años en rendir sus resultados; y esos años pueden resultar decisivos para la instalación de una profunda crisis del ordenamiento jurídico en estos pueblos.

La revolución por el derecho

Las consideraciones que anteceden me obligan a pensar que quienes en América participamos en la lucha por el Derecho, como habría dicho Ihering, o en los esfuerzos tendientes a asegurar el “Imperio del Derecho”, tema de estas meditaciones sugeridas por la Comisión Internacional de Juristas, debemos hacer algo más que continuar nuestros trabajos acerca de técnicas y dispositivos, de métodos y procedimientos ordenados al fin de obtener una cada día mayor congruencia y adecuación entre el “deber ser” proclamado por las normas en actual vigencia y el “ser” de la conducta social. Estamos obligados a influir poderosa y urgentemente para obtener una rápida, profunda, sustancial transformación de la normativa vigente, inspirada en un generoso sentido de justicia, que determine una honda transformación de la estructura social.

¹ Utilizamos esta expresión sin referencia al movimiento político social que promovió en la Argentina el Gral. Perón, instituyendo una cruel dictadura. Queremos aludir con ella a este vértigo hacia soluciones de justicia social, que parece que hace olvidar todo lo otro que es necesario para la vida.

Estamos ante una alternativa inexorable: o cumplimos una revolución por el Derecho, o habremos de enfrentar una revolución contra el Derecho. No cabe pretender que un sistema jurídico, cualquiera sea el grado de *primitivismo intelectual* de los movimientos sociales que lo combaten, sobreviva a la lucha si se generaliza su descrédito en el grupo social para la ordenación de cuya vida ha sido creado. El Derecho ha de responder a los designios dominantes en el grupo, sin perjuicio de que trate de obtener su consecución por los medios que mejor respeten los valores fundamentales sustentadores de la convivencia.

En la actual coyuntura, mucho más importante que arbitrar medios para obtener que el Derecho vigente sea respetado, es promover una rápida y honda transformación de los contenidos de ese Derecho, para que él encuentre, en la adhesión espontánea de las nuevas generaciones, la fuerza necesaria que asegure su perduración. Y mientras tanto, si las actuales inclinaciones de las nuevas generaciones nos parecen peligrosamente elementales, trabajemos por enriquecerlas y complementarlas mediante la educación, haciéndoles sentir la necesidad de que su lucha por la justicia no les haga olvidar que sólo cuando también la libertad y la paz son adecuadamente protegidas, la vida humana se hace digna de ser vivida.

DR. JUSTINO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA *

* Ex Decano de la Facultad de Humanidades y Ciencias, Profesor Emérito de Derecho Constitucional, delegado del Uruguay ante la Asamblea de las Naciones Unidas, delegado del Uruguay en la X Conferencia Interamericana (Caracas). Participó en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

AUSTRIA Y EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En un artículo de extremado interés, publicado en el volumen IV, núm. 1, de la *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Philippe Comte hace un estudio muy profundo de la forma en que el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales se ha asimilado, en doce años de su existencia, el sistema jurídico de los quince miembros del Consejo de Europa que se han adherido a él¹. Este balance era tan necesario como interesante. Este Convenio multilateral europeo constituye una experiencia fundamental que apenas tiene precedentes en la historia de la humanidad. Gracias a ella deberían quedar enterradas las tendencias dictatoriales, reinando en su lugar el imperio de la ley, al menos en el ámbito europeo, de forma que quede asegurado el respeto de los derechos humanos y, además, que en definitiva el sistema político de un Estado Miembro llegara a ser materia en que los demás Estados Miembros del Consejo de Europa fueran competentes y responsables².

Mediante la creación de la Comisión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 19 del Convenio), debería quedar garantizada la realización de la promesa dada a los millones de hombres, de forma que los Estados Miembros del Consejo de Europa constituirían la única región de la tierra en la que la concesión de los derechos y libertades estaría protegida por una institución que sería realmente una autoridad supranacional.

Es evidente para todo jurista que la dificultad principal que presenta la aplicación del Convenio en los Estados que lo han aprobado, no es conceder a los ciudadanos las libertades fundamentales reconocidas en el Convenio, ya que la mayor parte de las Constituciones de los Estados europeos altamente civilizados contienen disposiciones análogas desde el fin del siglo XIX; la

¹ Comte, "La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el orden jurídico interno", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. IV, núm. 1 (verano 1962), págs. 109 a 149.

² *La Convention européenne des droits de l'homme*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1960, pág. 9 y ss.

dificultad reside en la forma de pasar del plano internacional al nacional, o sea, en la adaptación de sus disposiciones al ordenamiento jurídico nacional. Se llega así inevitablemente a un orden jerárquico en la legislación: simples leyes (especialmente el derecho procesal penal nacional), leyes constitucionales y obligaciones internacionales. El problema era tanto más difícil cuanto que hasta ahora el principio del Estado de derecho estaba sólidamente arraigado y era difícil decidirse a suprimir instituciones ya aprobadas sólo por ciertas diferencias de forma o sistemática. Por consiguiente, tanto el autor de ese artículo como la *Revista* de la Comisión Internacional de Juristas merecen nuestro agradecimiento por haber estudiado por primera vez en qué forma han resuelto los distintos Estados signatarios del Convenio el problema de la incorporación y transformación de las disposiciones del Convenio al derecho nacional. La cuestión es tanto más importante cuanto que el Convenio europeo puede servir de modelo para la conclusión de un convenio de derechos humanos análogo en el continente americano o para los Estados africanos. Como a este respecto Comte cita varias veces la situación de Austria, pudiera ser de interés general conocer el desarrollo del problema en dicho país, expuesto por un jurista austríaco.

I

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (con el Protocolo adicional) entró en vigor en Austria el 3 de septiembre de 1958 después de haber sido ratificado por 14 Estados (todos los signatarios menos Francia). Al mismo tiempo, en virtud del artículo 25, se declaró que Austria reconocía la competencia de la Comisión para conocer de las demandas de personas físicas, organizaciones no gubernamentales y grupos de personas que se consideraran perjudicadas por una violación de los derechos reconocidos en el Convenio por una de las Altas Partes Contratantes (recursos individuales). En virtud del artículo 46, Austria aceptó como obligatoria la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en todos los casos relativos a la interpretación o aplicación del Convenio.

Rara vez ha apasionado tanto un hecho a los juristas de Austria como la ratificación del Convenio europeo. Se trató del tema en múltiples discusiones (ante todo en la Asociación Vienesa de Juristas), en trabajos de revistas jurídicas, en artículos de periódicos, disertaciones radiofónicas, etc., a partir de la publicación de

su texto (BGBl, núm. 210/1958)³. Fundamentalmente se planteaban las siguientes cuestiones:

- a) si el Convenio se había convertido en parte integrante del ordenamiento jurídico austríaco;
- b) si sus disposiciones son directamente aplicables (*self-executing*); y
- c) si el Convenio tenía rango de ley constitucional o de simple ley federal.

En las explicaciones de los órganos del Estado, de la administración y de las instancias internacionales se insistió en que el Convenio, en el momento de su publicación en el *Bundesgesetzblatt*, se convirtió en fuente de derecho nacional, su contenido era directamente aplicable y, por lo tanto, todo ciudadano podía invocar sus disposiciones ante los órganos austríacos (artículo 13). Esto se deduce de los principios de la "transformación general" (artículo 49 de la Constitución). Como el Convenio fue aprobado por la mayoría (dos tercios en presencia de la mitad de los miembros, artículo 44, párrafo 1) de la Constitución) prescrita por el artículo 50 de la Constitución para los actos del Estado modificatorios de la Constitución, se deducía que en el ordenamiento jurídico austríaco adquiriría también rango de ley constitucional.

Pocos autores⁴ sostuvieron que el Convenio europeo no creaba derecho directamente aplicable y que sólo obligaba al órgano legislativo (Parlamento) y no a los órganos de aplicación (tribunales y órganos administrativos). Esta opinión se basaba en los artículos 1.º y 57 del Convenio mismo, así como en el preámbulo, en virtud de los cuales los Estados signatarios se comprometen "a emprender los primeros pasos para garantizar colectivamente ciertos de los derechos reconocidos en la Declaración Universal" y "a reconocer los derechos reconocidos en la Parte I a toda persona sometida a su jurisdicción". ¿Para qué, preguntaban estos autores, era necesaria una declaración más si el artículo 57 contenía ya una disposición sobre la aplicación directa del derecho? En caso de aplicación inmediata, las partes contratantes ya habrían resuelto

³ Informe y discusión en la Sociedad Vienesa de Juristas, *Juristische Blätter*, 1958, pág. 71 y ss.; Ermacora, "Die Menschenrechtskonvention als Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung", *Juristische Blätter*, 1959, pág. 396; Pfeifer, "Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für Österreich", *Festschrift, Hugelmann I*, 1959, pág. 399 y ss.; Hellbling, "Die Menschenrechte und Grundfreiheiten", *Österreichische Juristenzeitung*, 1960, pág. 281 y ss.; Liebscher, "Die Grundzüge eines Völkerstrafrechts in der österreichischen Rechtsordnung", *Juristische Blätter*, 1959, pág. 394 y ss.

⁴ Winkler, "Zur Frage der unmittelbaren Anwendung von Staatsverträgen", *Juristische Blätter*, 1961, pág. 8 y ss.; Winkler, "Der Verfassungsrang von Staatsverträgen", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1960, X, pág. 514 y ss.; Winkler, "Diskussion in der Wiener Juristischen Gesellschaft", *Juristische Blätter*, 1959, pág. 71.

en la fecha en que se concluyó el Convenio acerca de esta trasposición de derecho.

Esta polémica se limitó al principio al mundo jurídico y no ganó gran publicidad, pero pronto la cuestión adquirió gran actualidad política y jurídica. Todos los implicados en un proceso judicial o administrativo volvieron a enfocarlo desde el punto de vista de el Convenio y no del ordenamiento jurídico austríaco, invocando argumentos jurídicos basados en el Convenio, pero interpretado a su albedrío. La fantasía no conoció límite. Así, personas perseguidas por atentar contra las buenas costumbres pretendieron que el artículo 8 del Convenio europeo era contrario a un proceso por homosexualismo, pues constituía una injerencia en la vida privada y familiar. En procesos de difamación y calumnia por artículos de prensa se sostuvo que el acusado se había limitado a ejercer el derecho de "libertad de expresión", reconocido en el artículo 10 del Convenio. Las personas detenidas por diversos motivos por la policía o los tribunales osaron alegar que los apartados a) a f) del artículo 5 no preveían la privación de libertad en ese caso. Los órganos competentes de la jurisprudencia no podían continuar sin pronunciarse claramente.

II

La sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1960⁵ citada por Comte produjo asombro en Austria. En ella, el órgano supremo judicial, en contra de la doctrina predominante, resolvió que el artículo 6 no contenía normas jurídicas directamente aplicables, sino que más bien obligaba a los órganos legislativos "a adaptar el ordenamiento jurídico nacional al ordenamiento jurídico de la Convención, en la medida en que no coincidieran" y "a no promulgar en el futuro ninguna disposición contraria al Convenio". El Tribunal Supremo declaró textualmente en los considerandos que "sin duda la vaguedad de las nociones contenidas en el artículo 6 opuestas a un ordenamiento procesal, civil y penal vigente, lleva a la conclusión de que el artículo 6 *se limita a sentar las bases de un programa* que el legislador debe realizar y completar, pero que en sí no es derecho directamente aplicable; por el solo hecho de la publicación de la Convención en el *BGBI* el ordenamiento jurídico austríaco no queda afectado". Se llegó a esta sentencia porque en un proceso de devolución de bienes en virtud de la 1ª ley de aplicación del Tratado de Estado el demandante había alegado que, conforme a las disposiciones de la ley, se había considerado la decisión de la competencia de la Dirección de Finanzas,

⁵ B 469/59, publicado en *Juristische Blätter*, 1961, pág. 352 y ss.

o sea, de un órgano administrativo, aunque se trataba de una solicitud que, en virtud del artículo 6 del Convenio, está comprendida en la categoría de los derechos y obligaciones civiles y que, por lo tanto, debía ser resuelta por un tribunal independiente e imparcial sometido a la ley. Además, el tribunal constitucional hizo observar también que el Convenio europeo en Austria no tenía carácter constitucional, sino sólo de simple ley federal.

Más claramente expresó aún esta opinión en la sentencia de 14 de octubre de 1961⁶. Se trataba de un comerciante que, a consecuencia de una infracción de las leyes financieras, había sido detenido por los órganos de una administración financiera. Este procedimiento es legal en virtud de la Ley austríaca de finanzas de 1958, en determinadas circunstancias. No obstante, el recurrente hizo valer que dicho procedimiento era contrario al artículo 5 del Convenio europeo, pues no estaba previsto en los casos de privación de libertad enumerados en ese artículo. El Tribunal Constitucional no entró en la prueba de ese asunto, sino que declaró por segunda vez que las disposiciones del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no obligaban sin más a los tribunales y órganos administrativos austríacos y que el Convenio europeo no había derogado ninguna disposición de derecho austríaco. El inciso c) del párrafo 1 del artículo 5 del Convenio no aplicable directamente (*self-executing*), pues deja, respecto de la privación de libertad, plena discreción en cuanto a la autoridad a quien se debe conducir al detenido, al plazo de detención, así como a los requisitos para la puesta en libertad por parte del órgano de seguridad.

En cuanto al rango de ley del Convenio, el Tribunal Constitucional precisó en esta sentencia que la ratificación de ese tratado internacional, en virtud del artículo 49, párrafo 1 de la Constitución aplicable a las leyes constitucionales, debe ser aprobada en presencia por lo menos de la mitad de los miembros del Parlamento por mayoría de dos tercios de los votos emitidos. En la decisión de ratificación (artículo 50 de la Constitución), como en el texto de la orden, se hizo notar que, sin embargo, el Convenio no podía considerarse modificadorio de la Constitución, ni total ni parcialmente. Sólo con tal designación tendría carácter constitucional. Así, pues, el Convenio europeo sólo es una simple ley federal. Si el Tribunal Constitucional se ha pronunciado claramente respecto de la jerarquía legal⁷, no puede decirse, por otra parte, que haya declarado que todo el Convenio en bloque no es "*self-executing*"; sólo se ha pro-

⁶ G 2/61, publicado en *Juristische Blätter*, 1962, pág. 145 y ss.

⁷ Así queda contestada la pregunta de Comte, *op. cit.*, pág. 129, de si el Tribunal Constitucional austríaco considera las disposiciones del Convenio como una simple ley federal o si las concede un rango superior.

nunciado respecto de los artículos 5 y 6; pero se trata precisamente de las partes esenciales y además no se ha dictado ninguna sentencia en virtud de la cual pueda ser directamente aplicable otra disposición del Convenio, por lo que debe considerarse la declaración del Tribunal Supremo como denegatoria del Convenio *pro foro interno et externo*. No es erróneo considerar los fundamentos al respecto menos en una actitud del Tribunal Constitucional contraria al derecho fundamental y a la integración que en el hecho de que las nociones nuevas del Convenio, con frecuencia indeterminadas y vagas, tropiezan con un ordenamiento jurídico, como el austríaco, ya totalmente construido. La Ley de 1862 de protección de la libertad personal y del domicilio y la Ley fundamental de 1867 sobre los derechos generales del ciudadano son antiguas disposiciones constitucionales vigentes que no son, ni mucho menos, letra muerta. Ya en la Monarquía, y principalmente desde 1918, los actos individuales de derecho, así como las normas jurídicas que sancionaban los derechos fundamentales del ciudadano estaban sometidas a un control del Tribunal Constitucional estable y muy radical (artículo 144 de la Constitución). Hans Kelsen, el creador de la Constitución federal austríaca, llama a ese control judicial del Tribunal Constitucional "su criatura predilecta".⁸ Por tradición y doctrina, Austria está a la cabeza en ese campo. ¿Debió, pues, abolirse un trabajo de un siglo para sustituirlo por una nueva formulación vaga de los mismos conceptos? Al no ser reconocida como ley constitucional, el Convenio no puede derogar el ordenamiento jurídico austríaco; no obstante, no hay jurisprudencia nacional respecto de disposiciones aisladas del Convenio. Ya hemos dicho que el problema del reconocimiento regional o continental de los derechos humanos no reside, en último término, en la oposición quizá inconsciente de los Estados que han alcanzado un grado superior en la garantía y aplicación de los derechos fundamentales a adaptar normas destinadas a la masa de todos los Estados Miembros, incluso los llamados "países en vías de evolución". Puede haber contribuido a la actitud del Tribunal Constitucional la idea de que la escuela vienesa de política y filosofía del derecho, ya desarrollada bajo la dirección de Kelsen, ha fructificado la ciencia del derecho en Europa, mucho antes de aprobarse el Convenio europeo.

⁸ Ermacora, "Die Menschenrechte und der Formalismus", *Juristische Blätter*, pág. 120. Hace observar que el Tribunal Constitucional nunca ha manifestado tal opinión, aunque ya antes, al hablar de la aplicación de los tratados internacionales, había tenido ocasión para ello. Asimismo, el Tratado de Estado Austríaco, de 1955, BGBI. núm. 152, que sentó las bases de la actual vida política austríaca, tampoco tiene rango de ley constitucional.

⁹ *Juristische Blätter*, 1962, pág. 303.

III

La acogida nacional a esa jurisprudencia del Tribunal Constitucional fue poco favorable; fue considerada oscura y contradictoria.¹⁰ Se invocó en contra que la Constitución austríaca, como se deduce de los artículos 1, 9 y 145, se basa en el monismo y en la primacía del derecho internacional.¹¹ Los grandes maestros de derecho constitucional austríaco¹² consideraron siempre que los tratados internacionales son inmediata e indirectamente aplicables sin "transformación". Pero no se trata de eso; ya se ha teorizado y experimentado demasiado. El que un tratado ya ratificado, sancionado y publicado y que forma parte del ordenamiento jurídico interno sea considerado por los tribunales, para los que es prescriptivo, como si no existiese en absoluto no pudo comprenderlo no sólo el "hombre de la calle" sino tampoco el jurista no deformado. Las disposiciones se promulgan para ser inmediatamente aplicadas mientras no se desprenda lo contrario de la cláusula de aplicación o de su texto concreto. La forma de adaptar sus disposiciones al derecho nacional ya debía haberse determinado al concluir el tratado o, al menos, antes de su ratificación¹³. La justicia austríaca ya se había pronunciado acertadamente con anterioridad a la ratificación del Convenio europeo.

En el artículo 27 Z.2 del Tratado de Estado de 1955 (BGB1 núm. 152), se concedía a la República Federal Popular de Yugoslavia el derecho de embargar, retener o liquidar todos los bienes, derechos e intereses que se encontraran en territorio yugoslavo en la fecha de entrada en vigor del Tratado. El Gobierno austríaco se obligó a indemnizar a los ciudadanos austríacos cuyos bienes hubieran sido embargados basándose en ese párrafo. Nada más entrar en vigor el Tratado, miles de ciudadanos que se encontraban en las circunstancias previstas en él pidieron indemnización recurriendo contra la República Austríaca; pero las peticiones fueron rechazadas por no haberse publicado ninguna ley de aplicación de esa disposición del Tratado. Sin embargo, por sentencia de 4 de febrero de 1960, declaró el Tribunal Supremo que el artículo 27 Z.2 del Tratado había creado *derecho directamente aplicable*, que debía

¹⁰ Al contrario de Comte, *op. cit.*, pág. 136, que en esta resolución no encontró ninguna contradicción.

¹¹ Marcic, "Die Menschenrechte und der Formalismus", *Juristische Blätter*, 1962, pág. 306. Un posición más firme aún contra dicha actitud del poder judicial puede verse en el artículo de Ermacora con el mismo título en *Juristische Blätter*, 1962, pág. 118.

¹² Adamovich, *Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof* (Viena, 1923; Kelsen, *Kommentar*, pág. 86).

¹³ Marcic, *op. cit.*, pág. 308.

considerarse como ley sustantiva que concede a cada ciudadano austríaco un derecho inmediatamente exigible. El Tratado concede a las personas interesadas derecho a indemnización aunque no lo prevea un reglamento de aplicación. Así, la instancia suprema civil y penal de la República Austríaca hizo constar claramente que el Estado no puede quitar con una mano lo que concede con la otra. Las disposiciones promulgadas en forma constitucional por el legislador deben ser cumplidas. En la tradición jurisprudencial austríaca no existen prejuicios doctrinales que las limiten o las desvirtúen.

Pero aún son mucho más graves las decisiones del Tribunal Constitucional sobre las relaciones de Austria con la comunidad de Estados representada en el Consejo de Europa. Comte ha indicado que cada uno de estos Estados debe resolver a su modo el problema del reconocimiento y transformación del Convenio europeo en el ordenamiento jurídico nacional y que la cuestión de la primacía y del carácter *self-executing* puede originar a veces fricción. Quizá no haya indicado con toda claridad que el estudio muy completo que ha realizado sobre el desarrollo del problema en Austria demuestra que el Convenio, tanto en sus distintas disposiciones, como en su contenido ideológico, está encarnado prácticamente en la vida jurídica austríaca. A esta conclusión, como se verá en seguida, se llega ante todo por la realización de los fines de la comunidad europea. Desde que el Convenio europeo es la céntrica de la realidad jurídica europea se plantea el problema de si Austria debe cumplir las obligaciones internacionales que ha contraído al ratificarlo. El internacionalista suizo Werner Kägi escribe respecto del conocido principio de derecho internacional "pacta sunt servanda" lo siguiente¹⁴: sólo mediante el respeto de los tratados "tanto privados como internacionales" se respetará la personalidad del individuo, así como el honor y la libertad de los pueblos y, por tanto, se podrá restablecer un orden internacional auténticamente libre... Esta necesaria interconexión debe proclamarse claramente en una época en la que se precisa una integración de la comunidad internacional; en que toda la sociedad internacional descansa en la confianza. *Fundamentum antem est justitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*"¹⁵ Verdross, el conocido internacionalista austríaco ha dado claramente a entender que el Convenio europeo, contrariamente a las disposiciones únicamente "morales" de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas en 1948, crea derechos para el individuo y para el Estado una obligación internacional e

¹⁴ 3 Ob 118/58, publicado en *Juristische Blätter*, 1961, pág. 27 y ss.

¹⁵ Strupp-Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts II*, pág. 715.

¹⁶ Verdross, *Völkerrecht* (Viena, 1959), pág. 498 y ss.

indiscutible. La misma opinión comparten los juristas austríacos que creen que en una cuestión de importancia europea hay que evitar todo punto de vista equívoco que pueda poner en juego el futuro del país.

IV

La solución del problema es hoy tanto más factible cuanto que el Gobierno austríaco ha presentado al Parlamento un proyecto de ley constitucional federal con las disposiciones necesarias para que Austria cumpla las obligaciones asumidas al ratificar el Convenio europeo. Esta ley, llamada "ley de adaptación"¹⁷, prevé que deben introducirse literalmente en la Constitución federal, es decir, en la Ley fundamental del Estado de 1867, una serie de disposiciones del Convenio europeo. El Parlamento no ha examinado aún la cuestión. Uno de los asuntos que estudiará con prioridad al final de 1962 la nueva Asamblea Nacional será éste para recobrar el tiempo perdido. Se objetó a este proyecto de ley¹⁸ que "constituía una confirmación totalmente inesperada de la teoría dualista en Austria". Sin embargo, como se indicó anteriormente, la cuestión ya no es de polémica doctrinal. Se trata de determinar al fin un sistema claro.

La cuestión es tanto más urgente cuanto que el ciudadano austríaco, y en general todas las personas sujetas a la jurisdicción nacional, a las que, en último término, estaban destinadas las disposiciones del Convenio europeo, no guardaron silencio, sino que en los últimos años manifestaron tempestuosamente. Invocaron la violación de sus derechos y libertades proclamados en el BGB1 núm. 210/1958. Ya no se trataba de si se había reconocido un derecho civil, se había sancionado un delito o el proceso penal de un acusado había sido correcto y conforme a lo dispuesto en el Código Penal austríaco; lo que se pedía era la aplicación textual de las disposiciones del Convenio. El hecho de que, teniendo presente la actitud del Tribunal Constitucional, estas pretensiones sólo encontrasen una sonrisa confusa en los órganos judiciales envenenó de día en día la atmósfera entre los demandantes y los tribunales. El Convenio europeo se convirtió poco a poco, para una gran parte de la población, en un sueño incumplido, una leyenda que si se realizara permitiría satisfacer todas las pretensiones jurídicas y protegería de toda medida del Estado. La política superficial y la táctica de prometer y al mismo tiempo denegar fomentó

¹⁷ Núm. 60 de los apéndices a las Actas taquigráficas de la Asamblea Nacional austríaca, Novena legislatura.

¹⁸ Karel Vasak, "Was bedeutet die Aussage 'ein Staatsvertrag sei self-executing'?" *Juristische Blätter*, 1961, pág. 621 y ss.; Comte, *op. cit.*, pág. 137.

una insatisfacción que ya existía antes respecto de la justicia nacional, que por su parte había hecho todo lo posible por no declarar los derechos reconocidos al individuo.

El artículo 13 del Convenio prevé que las personas que estimen que se ha violado uno de sus derechos reconocidos en el Convenio pueden intentar una acción ante los tribunales nacionales. Esto era imposible en Austria pues, por la sentencia del Tribunal Constitucional, los tribunales no podían conocer de una causa basada en las disposiciones del Convenio. La consecuencia fue que la Comisión Europea de Derechos Humanos, de Estrasburgo, recibió muchas demandas de Austria. En algunos casos la Comisión las consideró "admisibles". La cuestión se complicó, sobre todo por la distinta naturaleza del acusador público del proceso penal¹⁹ en el derecho continental y en el anglosajón. Mientras en Inglaterra y en el País de Gales puede decirse que, en general, no existe la institución del fiscal público, puesto que la "prosecution" se confía a un abogado que actúa como "abogado de la Corona" y como si se tratara de un proceso ordinario, los Estados continentales tienen, por lo general, la institución del ministerio fiscal con un estatuto que le confiere el carácter de órgano objetivo. Así, el artículo 3 del Código Penal austríaco dispone que "para la acusación o la defensa del acusado, examinará las circunstancias con imparcialidad"; los artículos 282 y 283 del Código Penal disponen que el fiscal podrá imputar, en favor del acusado, una sentencia errónea o *excesivamente severa*; el artículo 33 del Código Penal dispone que también contra las sentencias penales que infrinjan la ley en perjuicio del acusado, el fiscal podrá recurrir en casación ante el Tribunal Supremo. Por otra parte, el fiscal tiene en el derecho austríaco, en virtud del artículo 35 del Código Penal, el derecho de asistir a determinadas consultas del Tribunal, sin que tenga la misma posibilidad el defensor, y lo mismo ocurre en muchos países de Europa occidental (Francia, Bélgica y algunos cantones suizos). La Comisión de Estrasburgo expresó sus dudas acerca de si estas disposiciones eran compatibles con el principio de la "igualdad de medios" que consideraba contenido esencial del artículo 6 del Convenio europeo (derecho a ser oído equitativamente en audiencia pública). Por esto, Austria debió aceptar, aunque, o más bien porque, el Tribunal Constitucional negó que las disposiciones del Convenio tuvieran vigencia en la vida jurídica austríaca, un estudio de su ordenamiento

¹⁹ La *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* ha estudiado repetidamente la cuestión con detenimiento. Véanse principalmente William W. Boulton, "La profesión jurídica y el Derecho", vol. I, núm. 1, págs. 116 a 137; sir Carleton Allen, "El profano y la ley en Inglaterra", vol. II, núm. 1, págs. 59 a 90.

jurídico, en comparación con el Convenio de gran alcance, que emprendieran los órganos supranacionales de la Comisión Europea o del Tribunal Europeo.

V

¿Qué enseñanza se desprende de todo ello?

Hay distintas posibilidades para que un Estado adopte las disposiciones del Convenio europeo, pero lo fundamental es que el Estado emprenda esta labor. Al tratar del problema de la recepción de este derecho, nunca debe perderse de vista, por consideraciones jurídicas formales, el fin fundamental, que es *crear un derecho fundamental modelo para la comunidad occidental*. Hay que tener presentes las palabras de Jescheck²⁰ de que no se trata, para llevar a cabo esta recepción, de quitar todo fundamento a determinadas disposiciones del poder legislativo mediante una interpretación estricta de las disposiciones del Convenio. Como es esto precisamente lo que se ha buscado siempre, el guardián de la Constitución teme que penetren en el ordenamiento jurídico nacional disposiciones de una comunidad internacional que aún no han probado su eficacia. Nadie sabe mejor que la justicia austríaca que "las disposiciones del Título I del Convenio ofrecen una presa fácil a los razonamientos tortuosos de los litigantes y de los delincuentes ávidos de explotar todos los recursos del procedimiento"²¹.

Podríamos mencionar efectivamente a este respecto que ya desde el principio se manifestaron dos opiniones diametralmente opuestas, por lo que respecta al Convenio europeo²². Una deseaba que se enumeraran los derechos humanos, es decir, una lista de todos los principios generales que cada parte en el Convenio debería aplicar *conforme a su legislación nacional y jurisprudencia*. En este caso se dejaría a cada Estado determinar las condiciones para el ejercicio y la protección de los distintos derechos y libertades dentro de su territorio. Según la otra opinión, los requisitos esenciales para concluir el Convenio eran una *definición precisa* de los derechos que había de proteger y de las eventuales limitaciones. Estas definiciones deberían adoptar la forma de texto legal, cuya claridad no dejara lugar a dudas acerca de la naturaleza y del alcance de las obligaciones contraídas por las partes en el Convenio. Según esta opinión, el Convenio debería contener hasta en los menores detalles disposiciones sobre el contenido y el ámbito de los derechos y

²⁰ Jescheck, "Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten", *Neue juristische Wochenschrift*, 1954, pág. 784.

²¹ Comte, *op. cit.*, pág. 144.

²² *La Convention européenne des droits de l'homme*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1960, pág. 25 y ss.

libertades reconocidas al individuo. Las opiniones de los juristas encargados de la redacción del texto del Convenio eran muy distintas. Se objetó a la segunda fórmula que sería muy difícil ponerla en práctica, pues eran inevitables choques con el ordenamiento jurídico nacional. Asimismo, se dijo que no se podía pasar por alto que el número de Estados Miembros del Consejo de Europa, en comparación con el de las Naciones Unidas, es muy pequeño, pero que sin embargo comprenden Estados de tres sistemas jurídicos distintos (el anglosajón, el escandinavo y el llamado europeo continental influido por el Código de Napoleón), sistemas cuyos principios fundamentales son muy diversos. Esto obligaba a adoptar fórmulas generales para el reconocimiento de los derechos humanos, de forma que cada parte en el Convenio pudiera determinar en qué medida debía modificarse esa lista de derechos.

No obstante, en el Comité Político del Consejo de Europa, reunido en 1950, se decidió adoptar fundamentalmente la segunda solución que imponía a los Estados disposiciones estrictas sin consideración de su sistema jurídico propio. Las dificultades que ya se preveían al principio de la nueva etapa en la historia del derecho europeo no son en ninguna forma insuperables. Depende de la comprensión, de los deseos de efectuar esta incorporación jurídica y del trabajo conjunto de los juristas de todos los países europeos emprendido con buena voluntad el que la grandiosa idea de una integración jurídica de Europa no tenga consecuencias peligrosas.

VIKTOR LIEBSCHER *

* Doctor en Derecho; fiscal jefe del Tribunal Supremo de Austria.

PROBLEMAS DE LA DEFENSA DE LA LIBERTAD Y DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO*

La liberté, ce bien qui fait jouir des autres biens
(Montesquieu)

SUMARIO

I.	Principio de la libertad en la defensa del interés general con prelación al derecho de libertad. "Proporcionalidad" de la intervención del Estado en la defensa de los intereses públicos. Título del derecho y límites de su ejercicio	319
II.	El nuevo equilibrio de los términos en la relación entre el ciudadano y la autoridad, introducido por la Constitución	321
III.	Enfoque del Tribunal Constitucional en relación con las principales libertades constitucionales:	
	a) Libertad de expresión del pensamiento	323
	b) Libertad personal	326
	c) Libertad de movimiento y de residencia	329
	d) Libertad de reunión	331
	e) Igualdad	334
IV.	Observaciones conclusivas	340

I

Todos los ordenamientos jurídicos modernos garantizan y protegen determinados derechos humanos fundamentales, que son patrimonio irrenunciable e inalienable del hombre. El primero de estos derechos es el de libertad. Es de observarse, sin embargo, que en la sociedad, antes que el derecho de libertad del individuo, está el interés general, que también necesita protección: esto significa que la actividad del individuo no puede desarrollarse en forma absoluta, sino que debe ceñirse a los límites impuestos por la convivencia, y por lo tanto normarse con arreglo al interés de todos. De hecho, la pertenencia al ordenamiento estatutario entraña necesariamente, para el individuo, ciertas limitaciones, que se expresan mediante

* El presente artículo, obra de la Dra. Annarosa Pizzi, de la universidad de Pisa, ganó el primer premio en un concurso de ensayos convocado por la *Associazione italiana Giuristi*, sección italiana de la Comisión. Publicamos aquí la traducción del original en italiano.

el riguroso enmarcamiento de los derechos y la reglamentación de la actividad que puede desarrollar.¹

El individuo, pues, por cuanto vive en el Estado y en él se propone desarrollar su actividad y hacer valer sus derechos, debe renunciar a parte de esa libertad natural, que por más absoluta que sea en lo abstracto, en la realidad tendería a llegar a la arbitrariedad y la anarquía.²

Por otra parte, esa libertad a la que renuncia en aras de la convivencia civil pacífica, el individuo la recupera en su calidad de ciudadano, en una especie de "socialización" de la libertad. De este modo, al dejar de reivindicar una libertad estrictamente personal, el mismo individuo obtiene una libertad objetiva y concreta, garantizada por el ordenamiento.

En definitiva, las limitaciones de la esfera de la libertad individual se justifican por la necesidad en que se encuentra el Estado de atender y perseguir sus propias finalidades. Por este hecho, las normas de derecho público van siempre dictadas por el interés colectivo. Su fiel observancia es necesidad absoluta, aunque con dichas normas se otorguen ventajas y se reconozcan derechos subjetivos. Incluso, los derechos subjetivos públicos se reconocen y otorgan en función de su utilidad colectiva, y los derechos de libertad, porque el Estado desea contar con la evolución de aquellas fuerzas sociales que no puede concentrar totalmente en su esfera de acción.³

La norma legislativa que limita el derecho del ciudadano viene, en cada caso, a fijar la incidencia del interés general ante determinada libertad individual: coyuntura ésta sumamente delicada, por ser posible que se afirme la preponderancia de la autoridad con respecto a la libertad, y se atienda al interés general aunque sea en detrimento del derecho individual.

En este sentido el legislador debe tener siempre presente el imperativo de llegar a proteger el interés de la colectividad, sin sacrificar los derechos y la libertad del individuo más que en la medida de lo estrictamente necesario, es decir, siempre "en proporción a la necesidad". Lo cual puede expresarse también diciendo

¹ A este propósito Bonaudi (*Dei limiti della libertà individuale*, pág. 17, Perusa 1930) hace notar que no le compete al jurista (si acaso al político o al filósofo) discutir de si el ordenamiento jurídico debe reconocer o limitar la libertad individual, y hasta qué punto. El jurista más bien debe valerse de un criterio negativo para la determinación de la libertad individual, siendo, pues, su cometido definir la esfera de libertad que no se encuentra limitada por la autoridad del Estado.

² Véase Franchini, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, pág. 16 y ss., Milán 1957. Sobre los límites impuestos al individuo por la Constitución, véase también Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, pág. 76 y ss., Padua 1953.

³ Así lo especifica Cammeo, "La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico", en *Giurisprudenza italiana* 1900, IV, 1.

que el legislador debe en todo momento resolver el problema de cómo permitir el uso de la libertad del ciudadano sin sacrificar el interés general, no efectuando más intervenciones ni tomando más medidas que las "proporcionadas" a la protección de la colectividad contra el peligro que podría provocar la actividad libre e incontrolada del individuo.

Póngase atención en que la limitación "proporcionada" no pone en peligro la libertad de quien eventualmente se proponga realizar una actividad determinada. Tal libertad, de hecho, descansa expresamente en un derecho reconocido por el ordenamiento, y como tal protegido contra todo menoscabo. Antes bien, lo que incita al Estado a fijar el límite es la forma como pudiera ejercitarse este derecho, y la posibilidad de que su ejercicio cause daño, directo o indirecto. En otras palabras, ante el ejercicio de ciertos derechos de los ciudadanos, el Estado desea comprobar que se han respetado, o que existen garantías de que se respetarán, determinados intereses de la colectividad.

La eventualidad de un daño que pudiera sufrir la comunidad a raíz del ejercicio incontrolado del derecho del individuo resulta así evitada, ante la imposibilidad de actuar jurídicamente al margen de la autorización del Estado.⁴

II

La Constitución de la República Italiana, que es expresión y producto de un pensamiento político-jurídico ligado a un momento histórico determinado, ha introducido un nuevo equilibrio en los términos de la relación entre el ciudadano y la autoridad.

Es ahora, y ante todo, regla fundamental del Estado el reconocimiento de los derechos de la persona humana, y en primer lugar del derecho de libertad en sus diversas especificaciones.⁵

A este respecto se podría afirmar que se ha producido un intercambio en relación con la situación anterior, aunque no se han modificado los términos de la relación, ni tampoco, en sustancia, las consecuencias que de ellos se derivan: vale decir que son en la actualidad los derechos individuales, solemnemente afirmados, protegidos y garantizados, los que señalan a la autoridad los rumbos de su acción. Lo cual significa que el conflicto entre el derecho del individuo y el poder de la autoridad aparece resuelto, en la actual Constitución, mediante una mayor posibilidad de manifestación con-

⁴ Franchini, *Le autorizzazioni*, vit., pág. 21 y ss.

⁵ La Constitución emplea diferentes fórmulas ("La libertad es inviolable", "cada ciudadano puede circular", "los ciudadanos tienen derecho a reunirse", etc.), todas expresadas en la jurisprudencia, en sentido amplio y a veces impropio, en términos ora de *libertad*, ora de *derecho*.

sentida al primero, y una mayor limitación correlativa de las posibilidades de intervención por parte del Estado.

Innovando, pues, en relación con cuanto estatuyeran las precedentes normas, la propia Constitución ha fijado directamente, en determinados casos, las únicas razones específicas que pueden determinar limitaciones al derecho de libertad de los ciudadanos. Por lo tanto, y sin negar la supervivencia de las limitaciones del derecho de libertad de los ciudadanos, antes bien confirmando expresamente tales limitaciones, se han modificado y reducido los motivos que pueden justificarlas. Al fijar en muchos casos las razones que pueden legitimar determinadas disposiciones limitativas de la autoridad pública, la Constitución ha resuelto también, en forma directa y precisa, el posible conflicto entre el derecho del individuo y el ejercicio del poder, que a falta de restricciones podría extralimitarse hasta llegar a la arbitrariedad.

Afirmados en este sentido los derechos de libertad, se ha producido necesariamente una situación de incompatibilidad entre los nuevos principios expresados en la Carta Constitucional y los contenidos en una serie de normas que, plasmadas en un orden adaptado a concepciones diferentes, no tienen ya posibilidad de existencia en el marco del nuevo ordenamiento italiano.

III

Atenuar la antítesis producida por esta situación, tal ha sido y sigue siendo, con ritmo de ejecución siempre creciente, el empeño del Tribunal Constitucional, llamado precisamente a resolver los conflictos entre las normas legislativas y la Constitución.

La orientación constante en la jurisprudencia del Tribunal, en materia de derechos de libertad, es en el sentido de que una norma que otorga un derecho no excluye la reglamentación del ejercicio del mismo. Por consiguiente, no son de considerarse en sí como violación o negación de un derecho las disposiciones relativas a las modalidades de su ejercicio, y encaminadas a que la actividad del individuo, en persecución de sus fines propios, pueda conciliarse con la persecución de los fines de los demás. Y aunque de las disposiciones que rigen tal ejercicio se derivase indirectamente cierta limitación del derecho mismo, convendría recordar que el concepto de limitación es inherente al de derecho, y que en el ámbito del ordenamiento las diversas esferas jurídicas deben necesariamente limitarse unas a otras para poder coexistir en la convivencia civil ordenada.

Examinemos, ahora, concretamente, los problemas que han surgido en relación con las principales libertades garantizadas al ciudadano por la Constitución, y la forma como han sido resueltos por el Tribunal Constitucional.

a) La Constitución, en su artículo 21⁶, reconoce a todos el derecho de expresar libremente su pensamiento por medio de la palabra, los escritos y todos los demás medios de difusión. Se consideró contradictorio con este precepto constitucional, y en general con todas las normas relativas a los derechos de libertad, el artículo 156 del texto único de la Ley de seguridad pública que no permite, sin previa autorización del jefe de policía, recolecciones de fondos u objetos, colectas o cuestaciones, ni aún por medio de la prensa o de listas de suscripción. El Tribunal, sin embargo, dictaminó que tal norma había sido fijada por el ordenamiento jurídico con miras a la delimitación, y por ende del ejercicio ordenado, de los derechos de libertad. Por consiguiente, aunque inadaptada a los principios democráticos de la Constitución, dicha norma no se halla en conflicto directo con ninguna norma constitucional. La libertad de un individuo, si bien está protegida en sus diversas manifestaciones, no puede ejercitarse sino dentro de limitaciones y condiciones que dejen garantizado el desenvolvimiento de la libertad de todos.⁷

De igual modo, no se consideró contrario al principio sancionado en el artículo 21 de la Constitución lo dispuesto en el artículo 654 del Código Penal⁸, que prevé la detención para la persona que se dedique a manifestaciones o emita gritos de carácter sedicioso.

⁶ "Todos tienen el derecho de expresar libremente su pensamiento mediante la palabra, los escritos o cualquier otro medio de difusión".

⁷ En este sentido se expresa el Tribunal Constitucional, 26.1.1957, núm. 2, en *Giurisprudenza Costituzionale* 1957, 5. También se dictaron en relación con el artículo 21 de la Constitución las siguientes sentencias: núm. 31 del 26.1.1957 (en *Giur. Cost.* 1957, 420) sobre legitimidad constitucional de los artículos 5 y 16 de la ley de 8 de febrero de 1948 núm. 47 (registro de los diarios y periódicos ante la Cancillería del Tribunal); núm. 33 del 26.1.1957 (en *Giur. Cost.* 1957, 429) que considera legítima la norma del artículo 121, texto único, Ley de seguridad pública (relativa a la inscripción en el registro de seguridad pública de las personas que ejercen oficios nómadas); y núm. 115 de 8.7.1957 (en *Giur. Cost.* 1957, 1053) sobre legitimidad constitucional del artículo 10, párrafo 2, de la Ley sobre la prensa de 8 de febrero de 1949 núm. 47 (obligación de avisar a las autoridades de seguridad pública de la publicación de periódicos murales, aunque tengan un solo ejemplar).

En doctrina, sobre libertad de expresión del pensamiento en general, véase: Battaglini, "Valore e portata dell'art. 21 della Costituzione", en *Foro padano* 1950, IV, 67. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padua 1953, pág. 75 y ss. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milán 1957. Carnelutti, "A proposito di libertà del pensiero", en *Foro italiano* 1957, IV, 143. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milán 1958.

⁸ Toda persona que en una reunión que no sea de considerarse privada, o bien en un lugar público, abierto o expuesto al público, se dedique a manifestaciones o emita gritos de carácter sedicioso, será castigada, siempre que el hecho no constituya un delito de mayor gravedad, con una pena de detención hasta de un año."

Las hipótesis previstas en el citado artículo – manifestaciones y gritos de carácter sedicioso – que corresponden a un concepto general, implican siempre, según afirma el Tribunal, incitación a la subversión de las instituciones públicas y peligro para el orden público. Con la enunciación del derecho a la libre expresión del pensamiento, la Constitución no puede haber consentido actividades que perturben la tranquilidad pública, las que permanecen al margen del concepto y de la manifestación del derecho reconocido por el artículo 21 de la Constitución.⁹

Esta decisión no deja de suscitar ciertas preguntas.¹⁰ Ante todo, ¿a qué clase de “peligro para el orden público” se hace referencia? Existen, en efecto, dos hipótesis diferentes relativas al “peligro”: la posibilidad *in abstracto* de perturbar el orden público, y la probabilidad concreta de que se produzca tal perturbación. Ahora bien, cuando se afirma que son manifestaciones “sediciosas” aquellas que implican peligro para el orden público, no resulta claro si se hace referencia a la primera o a la segunda de las hipótesis arriba mencionadas, entre las cuales debe hacerse distinción: efectivamente, en caso de verse el peligro de perturbación como una mera posibilidad, no podría considerarse más que como consecuencia necesaria de una manifestación de contenido sedicioso. En el caso de una manifestación sediciosa habría por lo tanto presunción de peligro de perturbación. Si así se interpreta el artículo 654 del Código Penal, el delito en él previsto no pasa de ser “delito de opinión”; y en tal caso, por lo tanto, la prohibición sería contraria al principio de libre expresión del pensamiento.

En la segunda hipótesis – la de una manifestación que “incite a la subversión de las instituciones públicas” y que suscite una probabilidad de perturbación del orden público – quedaría eliminada toda duda con respecto a la legitimidad constitucional de la norma antes citada, por tratarse de un peligro que efectivamente habría surgido y se podría evaluar concretamente. No obstante, aún en este caso, se podría hacer notar que para velar por el orden y la seguridad el Estado dispone de otros medios, menos peligrosos para

⁹ Así lo dice expresamente el Tribunal Constitucional, 8.7.1957, núm. 120, en *Giurisprudenza Costituzionale* 1957, 1086. Véase también la sentencia núm. 121 (de 8.7.1957 en *Giur. Cost.* 1957, 1092), según la cual no es contraria al artículo 21 de la Constitución la norma del artículo 68, texto único de la Ley de seguridad pública, el cual no implica ni autoriza juicio alguno o acción alguna concerniente al pensamiento que pueda ser expresado en las obras teatrales o cinematográficas, sino únicamente se refiere a la policía del espectáculo.

¹⁰ Véase Fois, “Manifestazioni sediziose e libertà costituzionale”, en *Giur. Cost.* 1957, 1086.

las libertades garantizadas por la Constitución (por ejemplo, los artículos 650 y 660 del Código Penal).¹¹

Por lo que hace a la extensión de la garantía otorgada por el artículo 21 de la Constitución a la libertad de expresión del pensamiento, el Tribunal ha observado que no existe ninguna norma constitucional que permita la distinción entre la expresión del pensamiento, la cual debe ser libre, y la divulgación del pensamiento declarado. Sin embargo, las leyes que prevén la determinación por el poder administrativo del contenido, condicionado en todos los casos, de cada manifestación, invaden la esfera de la libertad prevista en el artículo 21 y son constitucionalmente ilegítimas en los casos en que autorizan formas de poder discrecional ilimitadas. Figura por lo tanto entre esta categoría de leyes el artículo 113, texto único de la Ley de seguridad pública (declarado inconstitucional en sus párrafos 1, 2, 3, 4, 6, 7),¹² el cual, al prescribir la autorización para la distribución o puesta en circulación de escritos o dibujos, casi parece supeditar a una concesión de la autoridad de seguridad pública el derecho que el artículo 21 de la Constitución reconoce a todos. Efectivamente, aquella norma legislativa concede a dicha autoridad un poder discrecional ilimitado, a tal grado que

¹¹ Artículo 650 del Código Penal: "Toda persona que deje de cumplir con una disposición legalmente dictada por la Autoridad, por razones de justicia o seguridad pública, o de orden público e higiene, será castigada, siempre que el hecho no constituya un delito de mayor gravedad, con una pena de detención hasta de tres meses o con una multa hasta de dieciseis mil liras". Artículo 660: "Toda persona que en un lugar público o abierto al público, o por medio del teléfono, por petulancia o por otro motivo reprobable, ocasione molestia o disturbio a otra persona, será castigada con una pena de detención hasta de seis meses o con una multa hasta de cuarenta mil liras".

¹² "Salvo en lo dispuesto en el caso de la prensa periódica y en materia eclesiástica, queda prohibido, sin el correspondiente permiso de la Autoridad local, distribuir o poner en circulación, en un público abierto al público, escritos o dibujos.

Queda asimismo prohibido, sin el permiso arriba mencionado, fijar escritos o dibujos en un lugar público o abierto al público, o hacer uso de medios luminosos o acústicos para hacer comunicaciones al público, o de cualquier modo hacer inscripciones aunque sean lapidarias.

Las prohibiciones arriba expresadas no se aplican a los escritos o dibujos que emanan de las autoridades a administraciones públicas, o los relativos a materias electorales durante los períodos de elecciones, ni a los relativos a venta o alquiler de fincas rústicas o urbanas o a ventas en pública subasta. El permiso es necesario también para fijar periódicos, así como extractos o resúmenes de los mismos.

La concesión del permiso previsto en el presente artículo no está supeditada a las condiciones que se estipulan en el artículo 11, quedando siempre a salvo el derecho de la autoridad local de seguridad pública de negar tal permiso a las personas que considere susceptibles de abusar de él. Dicho permiso no podrá concederse a personas desprovistas de tarjeta de identidad.

La autoridad de seguridad pública tendrá a su cargo retirar los avisos, carteles, periódicos y extractos o resúmenes de los mismos que hayan sido fijados sin el correspondiente permiso."

independientemente del objetivo específico de protección, y de prevención del delito, el hecho de otorgar o negar la autorización puede equivaler prácticamente a autorizar o impedir, en cada caso, la expresión del pensamiento.¹³

b) “La libertad personal es inviolable” – según dispone el artículo 13 de la Constitución – y “no se admite forma alguna de detención, inspección o pesquisa personal, ni ninguna otra restricción de la libertad personal, sino en base a un acto motivado por la autoridad judicial”.

La libertad personal, según el ámbito asignado a dicho concepto por el Tribunal Constitucional, no se entiende como poder ilimitado para disponer de la persona física, sino como derecho a que el poder contrario de coerción personal, de que es titular el Estado, no se ejerza sino en determinadas circunstancias y dentro del respeto de determinadas formas.

El grave problema de conciliar las dos exigencias fundamentales, de no obstaculizar el ejercicio de las actividades de prevención de los delitos, y de garantizar el respeto a los derechos inviolables de la persona humana, aparece así resuelto a través del reconocimiento de los tradicionales derechos de *habeas corpus* en el ámbito de la estricta legalidad. La libertad personal se presenta, por consiguiente, como derecho subjetivo perfecto en la medida en que la Constitución no permite a las autoridades públicas el ejercicio de la potestad coercitiva personal. Por consiguiente, el hombre no podrá nunca ser privado de su libertad, ni se podrá limitar el ejercicio de la misma, sino por expresa disposición de la ley y a consecuencia de una disposición de la autoridad judicial que dé razón de tal medida.

Además, el artículo 13, al declarar inviolable la libertad per-

¹³ En este sentido se expresa el Tribunal Constitucional, 14.6.1956, núm. 1, en *Giur. Cost.* 1956, 1. En doctrina, véase Guarino, “L’art. 113 t.u. delle leggi di p.s. nel sistema delle vigenti disposizioni sulla stampa”, en *Rassegna di diritto pubblico* 1950, II, 381; y sobre libertad de prensa, Zanobini, *Corso cit.*, vol. V, pág. 110 y ss.

Véase también la sentencia núm. 59 del 13.7.1960 (en *Giur. Cost.* 1960, 759) que considera legítimo el monopolio de la televisión, y en doctrina, sobre este tema: Treves, “Radiotelevisione e libera manifestazione del pensiero”, en *Il Politico* 1958, pág. 484 y ss.; Sandulli, “Mancato permesso di trasmissione televisiva e competenza a giudicarne”, en *Giust. civ.* 1958, I, 785 y ss.; Fois, “Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo”, en *Giur. Cost.* 1960, 1127; Tesauro, “Note sulla disciplina costituzionale della televisione”, en *Rass. dir. Pubbl.* 1960, 307; Pierandrei, “Radio, televisione e Costituzione”, en *Studi in onore di A. C. Jemolo*, Milán, 1961.

Y por otra parte, la sentencia núm. 38 de 24.6.1961 (en *Giur. Cost.* 1961, 682), en virtud de la cual las normas de los artículos 111, texto único de la Ley de seguridad pública, y 662 del Código Penal, que supeditan a autorización el ejercicio del arte tipográfico y artes afines, no constituyen violaciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 21 de la Constitución.

sonal, se refiere a la libertad de la persona *stricto sensu*, según se desprende de las ejemplificaciones de su párrafo segundo: detención, inspección, pesquiza.¹⁴

De cuanto se afirma, se desprende por lo tanto que las normas relativas a las disposiciones de repatriación con oficio de itinerario obligatorio, y de consiguiente intimación, que figuran en los párrafos 1, 2, 3 del artículo 157, texto único de la Ley de seguridad pública¹⁵, no perjudican *per se* la libertad personal, la cual precisamente no se entiende como garantía de indiscriminada e ilimitada libertad de conducta del ciudadano.

En cambio, sí es contraria al artículo 13 de la Constitución la facultad de ordenar la conducción del repatriado, porque constituye una violación de la libertad personal garantizada por las normas constitucionales. No obstante, la conducción es legítima en los casos en que sea consecuencia de una decisión de la autoridad judicial (artículo 157, último párrafo, y 163, tercer párrafo, texto único de la Ley de seguridad pública).¹⁶

Sin duda alguna, debe atribuirse un alcance que limita considerablemente la libertad personal a las normas relativas a la amonestación — artículos 164—176, texto único de la Ley de seguri-

¹⁴ En doctrina, sobre el concepto y límites de la libertad personal: Galeotti, *La libertà personale*, Milán, 1953. Vassalli G., "La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali", en *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Vol. V, Padua, 1958.

¹⁵ "Toda persona que, fuera de su municipio, despierte sospechas por su conducta, y que no pueda o no quiera justificar su identidad o solicitud de los funcionarios o agentes de la seguridad pública, mediante la exhibición de la tarjeta de identidad o de otro medio fidedigno, será conducida ante la autoridad local de seguridad pública, la cual, en caso de encontrar fundadas las sospechas, podrá disponer la repatriación del interesado con oficio de itinerario obligatorio, o incluso, si las circunstancias lo justifican, por conducción.

Esta disposición se aplica igualmente a las personas peligrosas para el orden y la seguridad públicos, o para la moralidad pública.

La autoridad de seguridad pública podrá prohibir, a la persona repatriada con oficio de itinerario obligatorio o por conducción, el regreso al municipio del que ha sido alejada, sin previa autorización de la propia autoridad.

Los contraventores serán castigados con una pena de detención de uno a seis meses. Cumplida la sentencia, serán conducidos al lugar de repatriación."

¹⁶ A este propósito, véanse las sentencias del Tribunal de 23.6.1956 núm 2, en *Giur. Cost.* 1956, 561; de 3.7.1956 núm. 10, en *Giur. Cost.* 1956, 610, sobre legitimidad constitucional de la conducción prevista en el párrafo tercero del artículo 163, texto único de la Ley de seguridad pública, como consecuencia de una sentencia de la autoridad judicial y antes de una pena cumplida. En doctrina, sobre el argumento, Barile, "Costituzione e misure di pubblica sicurezza restrittive della libertà personale", en *Foro Padano* 1951, IV, 175, y Geraci, "Limiti della sopravvivenza del foglio di via obbligatorio", en *Archivio penale* 1955, II, 648. Y por otra parte las sentencias núms. 27 de 5.5.1959 (en *Giur. Cost.* 1959, 355) y 12 de 23.3.1960 (en *Giur. Cost.* 1960, 113) sobre el concepto de libertad personal; núm. 2 de 26. 1. 1957 (en *Giur.*

dad pública¹⁷ – agravadas por el hecho de reconocerle a un órgano administrativo (comisión presidida por el prefecto) la competencia necesaria para dictar la correspondiente disposición.

De hecho, la amonestación se traduce por una especie de degradación jurídica, estado en que algunos individuos, pertenecientes a categorías de personas que la ley presume socialmente peligrosas, vienen a encontrarse debido a un pronunciamiento de la autoridad pública, ya que en virtud de dicho pronunciamiento el individuo queda sometido a una vigilancia especial por parte de la policía, así como a una serie de obligaciones, tanto positivas como negativas. El hecho de que tal disposición emane de un órgano administrativo, lo que es contrario a lo expresamente dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, hace más evidente aún la contradicción. Efectivamente, la *garantía judicial* introducida por la Constitución representa, precisamente, el medio por el cual adquiere consistencia jurídica el propio derecho de libertad personal declarado inviolable.¹⁸

En relación, además, con el artículo 2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 núm. 1423, el cual ha abolido la conducción, dejando subsistir la repatriación obligatoria, el Tribunal no ha estimado que hubiese contradicción alguna respecto de los criterios enunciados con anterioridad¹⁹; de hecho, el sujeto que haya recibido la orden no puede ser conducido al lugar de repatriación, excepto a consecuencia de una sentencia condenatoria: subsiste, pues, a lo más, una limitación de la libertad de circulación y residencia (artículo 16 de la Constitución), pero permanece incólume la libertad de la persona sujeta a la orden de repatriación.

Cost. 1957, 5), sobre legitimidad del artículo 156, texto único de la Ley de seguridad pública, y de los artículos 285 y 286 del correspondiente Reglamento (autorización para recolecciones de fondos y cuestaciones), en relación con los artículos 17, 19, 21 de la Constitución; núm. 49 del 15.7.1959 (*Giur. Cost.* 1959, 778) según la cual no es contraria al artículo 13, primera parte, la norma del artículo 652, primera parte del Código Penal (multa para quien infrinja la obligación de solidaridad social de prestar cooperación personal en determinadas situaciones de peligro).

¹⁷ Son amonestados, por denuncia del jefe de policía al prefecto, los vagabundos consuetudinarios, los ociosos, las personas designadas por la voz pública como socialmente peligrosas.

La amonestación tiene una validez de dos años, siendo pronunciada por una comisión integrada por el prefecto, el fiscal de la República, un juez, el jefe de la policía, etc.

Los amonestados deben, dentro de un plazo congruente, dedicarse al trabajo y establecer un domicilio fijo. Deben además observar todas las prescripciones que la Comisión haya juzgado necesarias, tomando en cuenta la situación social y familiar del amonestado así como las exigencias especiales de defensa social o política.

¹⁸ Véase a este propósito Tribunal Constitucional 3.7.1956 núm. 11, en *Giur. Cost.* 1956, 612.

¹⁹ En este sentido se pronuncia expresamente el Tribunal Constitucional, 30.6.1960, núm. 45, en *Giur. Cost.* 1960, 683.

Por lo tanto, según lo que afirma el Tribunal, sólo entran en el ámbito del artículo 13 de la Constitución las disposiciones que entrañan el uso de una coerción física sobre la persona, coerción que consistiría en la vigilancia especial y no en la repatriación obligatoria. Sin embargo, tal discriminación no deja de causar cierta perplejidad, sobre todo si se concede a la "libertad personal" un significado más amplio que el incluido en el concepto de la integridad física, y si por dicha expresión se entiende el derecho del individuo de disponer de su persona en todo momento y en todos los sentidos.²⁰ En tal caso, no se vé cómo podrían diferenciarse la medida de vigilancia especial y la del oficio de itinerario obligatorio, debiendo incluirse ambas medidas entre las hipótesis previstas en el artículo 13 de la Constitución; mientras que, en caso de atribuirse a la libertad personal un sentido restrictivo (como hiciera el Tribunal), el resultado sería que no se podría incluir en el ámbito del artículo 13 ninguna de las dos medidas.²¹

Es de notarse por otra parte que si se lleva tal planteamiento hasta un extremo, se llegaría — como efectivamente ha sucedido — a considerar como especificaciones del artículo 13 todos los artículos que le siguen, y que rigen los diversos aspectos en que se manifiesta la libertad, lo cual no parece corresponder a las intenciones del constituyente. A mayor abundamiento, el propio Tribunal hace constar que si bien la Constitución, evidentemente, quiso asegurar la protección de la libertad en todas sus manifestaciones, no sería exacto reducir todas las limitaciones de la libertad a las estipuladas en el artículo 13.²²

c) Al reconocer la libertad de movimiento y de residencia, el artículo 16 de la Constitución deja a salvo las limitaciones legislativas, establecidas de modo general, por motivos de sanidad y seguridad, y al mismo tiempo prohíbe todas las restricciones dictadas por razones políticas. Todo ciudadano puede libremente salir del territorio del Estado y regresar a dicho territorio, salvo en lo relativo a las obligaciones de ley. El párrafo segundo del artículo 158, texto único de la Ley de seguridad pública²³, prevé la detención de

²⁰ Véase: Marmo, "Due aspetti di contrasto fra Costituzione e legge di P.S.", en *Foro Italiano* 1950, IV, 97; Barile, "Costituzione e misure di pubblica sicurezza restrittive della libertà personale", en *Foro padano* 1951, IV, 175.

²¹ Véase Mortati, "Rimpatrio obbligatorio e Costituzione", en *Giur. Cost.* 1960, 683.

²² Véase la sentencia núm. 45 antes citada.

²³ Artículo 158: "Toda persona que, sin estar provista de pasaporte u otro documento equivalente con arreglo a los acuerdos internacionales, salga o intente salir del territorio nacional, si el hecho va determinado, en todo o en parte, por motivos políticos, será castigada con una pena de reclusión de dos a cuatro años y con una multa no inferior a 20.000 liras. En los demás casos, toda persona que salga o intente salir del territorio nacional sin estar provista de pasaporte, será castigada con una pena de detención de tres meses a un año, y con una multa de 2.000 a 6.000 liras".

toda persona que salga o trate de salir del territorio nacional sin estar provista de pasaporte. Se trata evidentemente de una medida de precaución, con la cual el Estado quiso garantizar el ejercicio ordenado de una actividad del ciudadano, y entre las "obligaciones de ley" que menciona el artículo 16 de la Constitución bien puede incluirse la de ir provisto con un pasaporte para salir de las fronteras del Estado. No hay pues ninguna contradicción con el precepto constitucional, habiendo tenido en mientes el legislador la reglamentación de las modalidades de ejercicio de un derecho de libertad: la salida del territorio nacional, en que se concentra el derecho de libertad de expatriación.²⁴

No se puede llegar a la misma conclusión con respecto al caso previsto en el párrafo primero del artículo 158, que sanciona con una pena de reclusión de dos a cuatro años la expatriación determinada en todo o en parte por motivos políticos. Esta disposición fue introducida *ex novo* en el texto único de la Ley de seguridad pública de 1926, y posteriormente reproducida en la de 1931, con el objeto expreso de castigar a los expatriados políticos. Modificado el sistema constitucional y reafirmados los derechos humanos de libertad, dicha norma resultaba incompatible, en particular, con el principio de igualdad de los ciudadanos, sancionado por el artículo 3 de la Constitución.

El Tribunal, precisamente, no dejó de subrayar que dicha norma está en contradicción con lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución, que prohíbe imponer restricciones por razones políticas a la libertad de circulación, así como con el principio fundamental de libertad política, que da forma a toda la Carta constitucional y tiene su expresión concreta, como se ha dicho, en la norma del artículo 3 de la misma. Toda diferenciación de la sanción penal a que puede dar lugar un delito, en función de la naturaleza política de los motivos, equivaldría en efecto a establecer ante la ley una inadmisibles discriminación en el trato de los ciudadanos por razón de sus opiniones políticas.²⁵

Sin embargo, a este propósito, es de observarse que otros aspec-

²⁴ A este propósito véanse las sentencias del Tribunal núm. 34 de 26.1.1957, en *Giur. Cost.* 1957, 433; y núm. 26 de 26.1.1957, en *Giur. Cost.* 1957, 393, en virtud de la cual no está en contradicción con el artículo 16 de la Constitución la norma del artículo 4 de la Ley de 24 de julio de 1930 núm. 1278, que castiga penalmente el hecho de procurar, con motivos de lucro, un contrato de trabajo en el extranjero, por cuanto dicha norma no pone limitaciones al derecho de los ciudadanos a emigrar, sino que está encaminada a impedir la actividad especulativa de quienes pudieran aprovecharse de la situación y necesidad o de las condiciones psicológicas particulares de los aspirantes a la emigración.

²⁵ Véase Tribunal Constitucional, 18.3.1959 núm. 19, en *Giur. Cost.* 1959, 307; en doctrina: Battaglini, "Espatrio abusivo e costituzionale", en *Foro padano* 1949, IV 209; Battaglini, "Costizione e leggi di P.S. in relazione all'espatrio", en

tos del problema aún no han sido resueltos. Desaparecida la norma de la expatriación por motivos políticos, el hecho puede castigarse como delito de contravención previsto en el párrafo segundo del propio artículo 158²⁶, siendo de cualquier modo aplicable la agravante del artículo 61 del Código Penal.²⁷

d) El artículo 17 de la Constitución reconoce a los ciudadanos el derecho de reunión, con la salvedad de la obligación de dar aviso anticipado cuando se trate de asambleas en un lugar público. No obstante, aún en tales casos la autoridad puede prohibir dichas asambleas, aunque "sólo por comprobados motivos de seguridad pública".

Algunos, por lo tanto, quisieron ver un conflicto entre el artículo 18 del texto único de la Ley de seguridad pública²⁸ y la norma constitucional, poniendo de manifiesto que en lo dispuesto por la Constitución no se prevé pena alguna para los promotores de la reunión que no hubieran dado el aviso anticipado, contrariamente a lo que estipula el artículo 18, tanto para las reuniones en un lugar público como en un lugar abierto al público.

En repetidas ocasiones²⁹ el Tribunal ha considerado esta cuestión como carente de fundamento jurídico. De hecho, es normal que el precepto constitucional no abarque, en toda su extensión, la materia regida por las normas subordinadas al mismo en la escala de los valores normativos. No es posible por otra parte aducir, con objeto de justificar una solución contraria, la carencia

Giustizia penale 1950, II, 1070. Battaglini, "La Costituzione e l'espatrio senza passaporto", en *Foro Padano* 1951 IV 69. Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione*, pág. 133, Milán 1953. Cossiga, "Note sulla libertà di espatrio", en *Rassegna di Diritto Pubblico* 1953, I, 43. Crisafulli, "Libertà personale, Costituzione e passaporto", en *Archivio penale* 1955, 3-4. Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, pág. 136 y ss., Milán, 1956.

²⁶ También los diversos proyectos de ley, de iniciativa tanto gubernamental como parlamentaria, para la reforma del texto único de ley de seguridad pública, préven sin excepción, como delito de contravención, la expatriación general sin pasaporte.

²⁷ Una cuestión discutida, en doctrina, concierne a la legitimidad constitucional de la norma del artículo 9 del real decreto de 31 de enero de 1901 núm. 36, que concede al Ministerio de Asuntos Exteriores, de acuerdo con el de Gobernación, el poder de suspender temporalmente la expedición de pasaportes "para determinado punto de destino, por motivos de orden público o cuando corran grave peligro la vida, libertad o bienes de las personas deseosas de expatriarse".

²⁸ "Los promotores de una reunión en un lugar público o abierto al público deben dar aviso de la misma al Jefe de la Policía, con al menos tres días de anticipación. Los contraventores serán castigados con una pena de detención hasta de seis meses, o con una multa de mil a catorce mil liras. Serán castigadas con las mismas penas las personas que tomen la palabra en tales reuniones".

²⁹ Véanse las sentencias del Tribunal núm. 9, del 3.7.1956, en *Giur. Cost.* 1956, 607, y núm. 54 de 11.7.1961, en *Giur. Cost.* 1961, 1057.

de una prohibición expresa basada en el hecho de no haberse dado el aviso anticipado, pues esto es indispensable si se desea permitir, para protección del orden público, la actividad discrecional preventiva de las autoridades de seguridad pública, que de otro modo se verían forzadas a permanecer inactivas. Así pues, el artículo 17 de la Constitución, en relación con las reuniones celebradas en lugares públicos — según se desprende claramente, además, de las trabajos preparatorios — viene a confirmar las disposiciones preexistentes. Por consiguiente, la sanción penal contenida en el artículo 18 del texto único de la Ley de seguridad pública, en la parte relativa a las reuniones celebradas en lugares públicos, viene a suplementar y completar la disposición constitucional, siendo inconcebible que el precepto constitucional, si realmente se pretende su respeto, pueda ir desprovisto de sanción.³⁰

Existe, pues, un nexo entre la falta de aviso anticipado y el derecho de reunión. El aviso anticipado tiene el objeto de poner a la autoridad de seguridad pública en condiciones de evaluar los motivos de seguridad pública que pudieran justificar una eventual prohibición y, al propio tiempo, el de permitirle tomar oportunamente las medidas necesarias para asegurar el buen orden de la reunión en relación con las citadas consideraciones. La falta de previo aviso impediría a la autoridad el desempeño de las funciones previstas en el propio artículo 17 de la Constitución.

Además, el previo aviso asume fuerza de garantía para el ejercicio del derecho de reunión (que sólo se puede negar por comprobados motivos de seguridad), restringiendo la aplicación de la prohibición únicamente a los casos en que no se haya cumplido con el requisito del aviso anticipado. En otros términos, el estar garantizado constitucionalmente el derecho de reunión sólo en los casos en que se haya dado previo aviso, si no se ha cumplido con este requisito queda librado al criterio del legislador fijar sanciones o tomar disposiciones idóneas para hacer respetar el precepto constitucional de la obligación. Al conceder a la autoridad de seguridad pública la facultad (aunque sin imponerle la obligación) de prohibir las reuniones (precedidas de previo aviso) que resulten peligrosas para la seguridad pública, el legislador estima a priori (con sólo fijar el requisito de previo aviso) que una reunión sin tal aviso anticipado puede considerarse peligrosa en sí, a reserva de la facultad que tiene

³⁰ La sanción penal resulta en cambio inaplicable, según se desprende claramente de la letra misma del artículo 17 de la Constitución, párrafo segundo, en lo relativo a las reuniones en lugares abiertos al público. La obligación de dar aviso anticipado queda así limitada únicamente a las reuniones celebradas en lugares públicos. Por consiguiente, la norma del artículo 18, texto único de la Ley de seguridad pública, resulta contraria a la del artículo 17 de la Constitución; véanse sobre el particular las sentencias del Tribunal núm. 27 de 8.4.1957, en *Giur. cost.* 1958, 115; núms. 85, 87, 88, 90 y 91 de 22.6.1957, en *Giur. cost.* 1957, 947, 949, 950, 952 y 953.

la propia autoridad de evaluar, en base a otros elementos, el carácter de dicha reunión.³¹

Siempre en relación con el artículo 17 de la Constitución, otro aspecto que ha examinado el Tribunal es el referible al artículo 25 del texto único de la Ley de seguridad pública³², en la parte que implica obligación de previo aviso para las funciones, ceremonias y prácticas religiosas en lugares abiertos al público.

Ante todo resultó necesario determinar si puede considerarse que el artículo 25 ha sobrevivido al artículo 17 de la Constitución, en base al principio de que una norma de carácter general no puede derogar las normas especiales anteriores.

En segundo lugar, dado que el artículo 19 de la Constitución dispone que "todos tienen el derecho de profesar su fe religiosa en cualquier forma... siempre que no se trate de ritos contrarios a las buenas costumbres", fue preciso decidir si la obligación del aviso anticipado, previsto en el susodicho artículo 25, debía interpretarse como destinada a determinar cada uno de los casos en que las funciones y prácticas religiosas, prevean o no ritos contrarios a las buenas costumbres, pudiesen hacer posible una prohibición de parte de la autoridad de seguridad pública.

A la primera interrogante, según lo indicado por el juez constitucional, se responde en el sentido de que la norma del artículo 17 de la Constitución, que confirma la libertad de reunión, se inspira en tan elevadas y fundamentales exigencias de la vida social, que asume necesariamente un alcance y una eficacia sumamente generales, al grado de no permitir ninguna posibilidad de regímenes especiales. Indudablemente, para las reuniones, los artículos 8 y 19 de la Constitución sancionan la mayor libertad en el ejercicio del culto de todas las confesiones religiosas.

³¹ En este sentido se expresa Chieppa, "Sulla omissione del preavviso di riunione in luogo pubblico", en *Giur. cost.* 1961, 1059. Sandulli ("in tema di responsabilità dei pubblici funzionari e di divieto dell'esercizio del diritto di riunione", en *Foro padano* 1953, 94) estima que la norma relativa al previo aviso no especifica la clase de reuniones con respecto a las cuales se otorga a la autoridad de seguridad pública el poder de intervención preventiva, sino que limita el ámbito en que puede ejercerse dicho poder. Battaglini, "Ancora sui rapporti tra Costituzione e legge di pubblica sicurezza", en *Foro padano* 1950, IV, 10, se expresa en sentido contrario a la legitimidad del poder de prohibir reuniones en lugares públicos por el solo hecho de no haberse dado previo aviso. Véanse además Stendardi, "Libertà di riunione: diritto soggettivo ed interesse legittimo", en *Foro padano* 1953, IV, 95, y Fois, "Disciplina delle riunioni in luogo aperto al pubblico", en *Foro italiano* 1953, I, pág. 1351 y ss.

³² "Toda persona que promueva o dirija funciones, ceremonias o prácticas religiosas fuera de los lugares destinados al culto, o procesiones eclesiásticas o civiles en la vía pública, deberá dar el correspondiente aviso al jefe de la policía con tres días de anticipación por lo menos. Los contraventores serán castigados con la detención hasta por tres meses, y con una multa hasta de quinientas liras".

Sin embargo, cuando el culto se celebra en grupo, las citadas normas deberán evidentemente considerarse en coordinación con el artículo 17, en el sentido de que las reuniones de carácter religioso deberán estar sometidas a las disposiciones generales relativas a la libertad de reunión, así como a los límites que se tienen que imponer a dicha libertad en el interés superior de la convivencia social.

En cuanto al segundo problema, su solución se relaciona con la consideración de que en nuestro sistema jurídico no subsiste la regla según la cual, a toda limitación impuesta a una libertad constitucional, debe corresponder implícitamente la facultad de control preventivo por parte de la autoridad de seguridad pública.

La transgresión de la limitación sancionada por el artículo 19 de la Constitución puede constituir un hecho jurídicamente ilícito, incluso en el orden penal, y en este caso a la prohibición le corresponderá la sanción. Fuera de esta hipótesis, la actividad preventiva de la policía, en la medida en que pudiera entrañar una restricción de la esfera jurídica del ciudadano en relación con su eventual comportamiento futuro, no podrá ejercerse sino en los casos y según los modos expresamente indicados por la ley.

Por consiguiente, se ha estimado que el artículo 25, texto único de la Ley de seguridad pública, era contrario al artículo 17 de la Constitución, en la parte en que implica la obligación de dar aviso anticipado incluso para las reuniones que no sean de carácter público.³³

e) El artículo 3 de la Constitución ³⁴, junto al principio de

³³ En este sentido se expresó el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 45 de 18.3.1957, en *Giur. cost.* 1957, 579, con una nota de Gismondi, que hace observar que la tesis acogida por el Tribunal parece sostenible, si se estima que las disposiciones constitucionales relativas a los cultos son de carácter especial y más favorable, y persiguen incluso el objetivo de preservarlos de la ingerencia preventiva del poder ejecutivo, y que por lo tanto dichas disposiciones derogan a los principios constitucionales generales, entre ellos el que se enuncia en el último párrafo del artículo 21. En cambio, si se parte de la opinión expresada por el Tribunal, debe considerarse que por motivos casi idénticos las reuniones y ceremonias religiosas no pueden sustraerse tampoco a la reglamentación general, y que les es aplicable el último párrafo del artículo 21, en virtud del cual la ley ordinaria fija legítimamente disposiciones adecuadas para impedir y reprimir todas las manifestaciones que pudieran, hipotéticamente, ser contrarias a las buenas costumbres. Véase también la sentencia núm. 59 de 21.11.1958 (en *Giur. cost.* 1958, 885) relativa a la ilegitimidad constitucional de los artículos 1 y 2 del real decreto-ley de 28 febrero de 1930 núm. 289, que contrastan con los artículos 8 y 19 de la Constitución, con observaciones de Esposito.

³⁴ "Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, idioma, religión, opiniones políticas o condiciones personales y sociales. Es cometido de la República eliminar los obstáculos de orden económico y social que, al limitar de hecho la libertad y los derechos de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona

igualdad formal sancionado en el párrafo primero, introduce en el segundo el principio de la igualdad sustancial, emitiendo una directriz a fin de que el Estado — legislador intervenga para eliminar los obstáculos, de orden económico y social, que de hecho limitan la igualdad (como también la libertad) de los individuos.³⁵

Son muchas las normas de ley que han parecido contrarias al artículo 3 de la Constitución, sobre todo, hasta ahora, en lo relativo al primer párrafo únicamente. Y fueron numerosas, por consiguiente, las ocasiones en que el Tribunal ha sido llamada a pronunciarse. Sin embargo, la respuesta no siempre ha parecido satisfactoria, o por lo menos concluyente, por la razón de que, habiendo afirmado ya el principio según el cual el legislador puede dictar normas diferentes para regular situaciones que considera diferentes, el propio Tribunal ha venido repitiendo constantemente³⁶ que toda investigación sobre correspondencia entre la diferencia en la regulación y la diferencia de las situaciones implicaría una evaluación política que no entra en el ámbito de sus funciones.³⁷

humana y la participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.”

³⁵ Lavagna (*Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, pág. 17 y ss., Padua 1953) estima que de esta directriz no se deriva para los individuos ninguna garantía práctica; pero una vez que se hayan publicado las normas concernientes a dicha directiva, existirán garantías prácticas.

En doctrina, resulta sumamente difícil dar marco jurídico al concepto de igualdad: véanse al respecto Orlando, *Principi di diritto costituzionale generale*, pág. 271, Florencia 1909; Groppali, *Teoria generale dello Stato*, pág. 188 y ss. Milán 1945; Virga, *Libertà* cit., pág. 203 y ss.; Santi Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, pág. 104, Milán 1946; Crosa, *Lo Stato democratico*, pág. 31, Turín 1946; Biscaretti, *Stato democratico*, pág. 674, Milán 1946, que establece la relación entre la igualdad y la libertad; Ranelletti, *Istituzioni di diritto pubblico*, pág. 145 y ss., Milán 1955. Según Mortati (*Istituzioni di diritto pubblico*, pág. 781 y ss., Padua 1960), parece que el principio de la igualdad deba considerarse como un aspecto de la posición jurídica fundamental del ciudadano, que ofrece un criterio directivo y de interpretación con respecto a las normas que regulan cada uno de los derechos.

³⁶ Véanse las sentencias que se citan más abajo.

³⁷ A este respecto surge el gran problema, sobre el que discute la doctrina, de si es posible o no controlar la actividad discrecional del Parlamento; véanse, sobre este tema: Mortati, “Sull’ eccesso di potere legislativo”, en *Giur. it.* 1955, I, 1, 417; Olivieri, “L’esame del merito nel controllo di costituzionalità delle leggi”, en *Rivista amministrativa* 1952, 290; Crisafulli, “Sulla motivazione degli atti legislativi”, en *Rivista di diritto pubblico* 1937, 415; Esposito, “La Costituzione italiana”, *Saggi*, pág. 31 y ss., Padua 1954; Mortati, *Istituzioni* cit., pág. 782 y ss.; Paladini, “Osservazioni sulla discrezionalità e sull’eccesso di potere del legislatore ordinario”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1956, pág. 1025 y ss.; Crisafulli (en *Giur. cost.* 1958, 868) expone la alternativa entre dos soluciones en los siguientes términos precisos: o se excluye toda posibilidad de que las evaluaciones legislativas, en relación a los fines, las presuposiciones, los criterios metajurídicos a que hacen alusión las normas constitucionales, puedan ser objeto de fiscalización por parte del Tribunal, en cuyo caso muchos límites constitucionales (tanto positivos como negativos)

En relación con este principio, no fueron numerosas las normas de ley consideradas en conflicto con el artículo 3 de la Constitución.

En materia de igualdad, el Tribunal fue llamada a pronunciarse sobre la Ley del 20 de diciembre de 1956, núm. 1422, en virtud de la cual los cánones de arrendamiento de las fincas rústicas, en cáñamo, de las provincias de Campania, sea cual fuere el modo de su determinación, quedaban reducidas en un treinta por ciento.³⁸

Habiendo observado que dicha Ley, al referirse a cánones "determinados del modo que fuere", dejaba suponer la existencia de cánones igualados y de otros no igualados, determinados generalmente en cualquier forma y medida, el Tribunal resolvió que el equiparar situaciones que el mismo legislador suponía diferentes no se podía considerar en armonía con el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, por lo cual declaró la ilegitimidad constitucional de esta disposición.³⁹

A este respecto, una fuente autorizada⁴⁰ hace notar que la Ley de 1956, aunque en apariencia reducía en igual medida todos los cánones, no daba igual trato a situaciones subjetivas diferentes, si bien reducía de modo igual una situación jurídica subjetiva idéntica de todos los arrendatarios y arrendadores de las fincas rústicas. Todos ellos tenían, respectivamente, la obligación de pagar o el

acabarían desvaneciéndose, quedando librada su observancia a la libre apreciación de los órganos políticos; o bien se admite que prevalece la exigencia de hacer valer efectivamente dichos límites, debiéndose admitir por consiguiente el control del Tribunal, aunque quede por determinar la extensión del mismo.

³⁸ Artículo 1º. de la ley núm. 1422: "A contar del año agrícola 1955-56 y hasta el final del año agrícola en curso en el momento de entrar en vigor una nueva ley que contenga normas de reforma de los contratos agrarios, los cánones de arrendamiento de las fincas rústicas, en cáñamo, o en efectivo en relación con el precio del cáñamo, sea cual fuere el modo de su determinación, en las provincias de Campania, serán reducidos en un treinta por ciento". La situación de desigualdad denunciada se manifestaba en el hecho de haber efectuado el legislador la reducción en los cánones de arrendamiento de las fincas rústicas de Campania únicamente.

³⁹ Véase Tribunal Constitucional 14.7.1958 núm. 53, en *Giur. cost.* 1958, 603, así como la sentencia núm. 16 de 29.3.1960 (en *Giur. cost.* 1960, 164), que no considera que haya habido violación del artículo 3 de la Constitución por las normas contenidas en la Ley del 6 de agosto de 1958 núm. 790 (que modifica a la anterior núm. 1422 con una reducción de todos los cánones del 30 al 25 %, y con la abolición de la expresión "sea cual fuere el modo de su determinación"); se trata de la primera sentencia dictada por el Tribunal en relación con una ley que sustituye a otra, anteriormente declarada inconstitucional: en dicha sentencia, el Tribunal afirma su propio poder de fiscalización del poder discrecional del legislador, cuando tal poder se ejerza de modo contradictorio, irrazonable y arbitrario. Véase sobre este particular Mortati, "In tema di legge ingiusta", en *Giur. cost.* 1960, 167.

⁴⁰ Véase Esposito, "L'art. 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi", en *Giur. cost.* 1958, 604.

derecho de percibir íntegramente los cánones determinados del modo que fuere: las obligaciones y los derechos, iguales para todos los interesados, quedaban reducidos en un treinta por ciento.

En el aspecto considerado pertinente por el Tribunal, no era de incriminarse, por el concepto de lesión al principio de igualdad, la Ley núm. 1422, sino en todo caso las normas de derecho privado y público en que se originaban el pago y la percepción de los cánones tanto igualados como no igualados.

Para sostener la tesis de la invalidez de la citada Ley, en relación con el principio de la igualdad, se hubiera tenido que afirmar más bien que el legislador tenía la obligación de eliminar las situaciones de injusticia existentes. En otros términos, la Ley no era de condenarse por el hecho de instituir una situación injusta, sino por el hecho de conservar tal situación.

Aunque esta consideración no deja de tener significado, no se puede pasar por alto que semejante conclusión pudiera llevar a la afirmación de una obligación general del legislador (so pena de nulidad de la ley) de eliminar todas las situaciones injustas, y no sólo las previstas en el párrafo segundo del artículo 3 de la Constitución: el Tribunal no ha pretendido atribuirse un poder de fiscalización tan grave y penetrante con respecto a la actividad legislativa.

También se consideró en conflicto con el artículo 3 de la Constitución la norma del artículo 7 de la Ley de 17 de julio de 1919 núm. 1176, que excluye a las mujeres de todos los cargos públicos que entrañen el ejercicio de derechos y poderes políticos. De hecho, dicha norma constituye una violación manifiesta del artículo 51 de la Constitución, el cual proclama el derecho de acceso a los cargos públicos y electivos, en condiciones de igualdad, de los individuos de uno u otro sexo. Puesto que el artículo 51 no es sólo especificación, sino confirmación del artículo 3, la pertenencia al sexo femenino, como tal y no como requisito de incapacidad o menor capacidad — poniéndose la incapacidad como regla y no como excepción — no puede en ningún caso ser motivo de discriminación legislativa.⁴¹

⁴¹ En este sentido se expresa el Tribunal Constitucional, 18.5.1960, núm. 33, en *Giur. cost.* 1960, 563; véase también la sentencia núm. 56 de 3.10.1958 (en *Giur. cost.* 1958, 861) que declara constitucional, en relación con los artículos 3 y 51 de la Constitución, la Ley del 27 de diciembre de 1956 núm. 1441 (en virtud de la cual el número de miembros del sexo femenino de los colegios del Tribunal criminal no puede pasar de tres), por tratarse de una limitación inspirada en el criterio del funcionamiento más apropiado del Colegio juzgante. En doctrina, véanse: Esposito, "El sesso e i pubblici uffici", en *Giur. cost.* 1960, 568; Crisafulli, "Eguaglianza dei sessi, requisito e sindacato della Corte", en *Giur. cost.* 1958, 862; Esposito, "Le donne e i pubblici uffici", en *Giur. cost.* 1958, 869; Cereti, "Accesso all'ufficio di giudice popolare e composizione del Collegio", en *Rivista italiana di diritto*

Siempre en relación con el artículo 3 de la Constitución, se consideró inconstitucional el artículo 98 del Código de procedimiento civil⁴², que impone el requisito de caución a toda persona que no tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita.

De la correlación entre la norma constitucional sobre la igualdad y la del artículo 24⁴³, se deduce que el principio según el cual toda persona puede acudir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses legítimos – y la defensa es derecho inviolable en todas las etapas y circunstancias del procedimiento⁴⁴ – debe tener aplicación igual para todos, independientemente de toda diferencia de condiciones personales o sociales.

En cambio, el artículo 98 del Código de procedimiento civil, que prevé el requisito de fijar caución a toda persona que no tenga derecho a la asistencia jurídica, en caso de existir fundados temores de que la eventual condena al pago de los gastos no se ejecute, relaciona la aplicación de esta disposición con las condiciones económicas del demandante.⁴⁵

Finalmente, otra norma que viola el principio de la igualdad

processuale penale 1958, 1241. En materia de cargos públicos véase también la sentencia núm. 15 de 28.3.1960 (en *Giur. cost.* 1960, 147), según la cual no constituye violación del artículo 3 de la Constitución la norma contenida en el párrafo 1 del artículo 21 de la ley del 9 de agosto de 1954 núm. 748, que limita el acceso al cargo de "secretario comunal" en la provincia de Bolzano a los ciudadanos "originarios" de dicha provincia; y la nota de Paladini, "Una questione di eguaglianza dell'accesso ai pubblici uffici", en *Giur. cost.* 1960, 149.

⁴² "El juez de instrucción, el juez de primera instancia municipal ("pretore") o el juez de paz, a solicitud del demandado, podrán disponer, mediante ordenanza, que el demandado, si no tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita, preste caución por el reembolso de los gastos, cuando existan temores fundados de que la condena eventual pueda no ejecutarse. Si no presta la caución dentro del plazo fijado, el proceso se extinguirá.

⁴³ "Toda persona puede recurrir a la justicia en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

La defensa es derecho inviolable en todas las etapas y circunstancias del procedimiento.

Mediante las correspondientes instituciones, quedan asegurados a los indigentes los medios necesarios para acudir y defenderse ante todas las jurisdicciones. La Ley determina las condiciones y formas de reparación de los errores judiciales."

⁴⁴ Con respecto al derecho de defensa, véanse las sentencias núm. 46 de 18.3.1957 (en *Giur. cost.* 1957, 587), sobre legitimidad constitucional del artículo 510 del Código de procedimiento penal (ejecutividad del decreto penal de condena al no haber comparecido el oponente), con una nota de Vassalli, "Natura giuridica della opposizione al decreto penale di condanna", pág. 587; y núm. 59 de 1.12.1959 (en *Giur. cost.* 1959, 1132), sobre ilegitimidad constitucional del párrafo primero, segunda proposición, artículo 133 del código de procedimiento penal ("límites de la incompatibilidad de defensa de los intereses de varios interesados, encargados a un mismo defensor"), con notas de Conso, "L'art. 24 della Costituzione e l'incompatibilità della difesa di più imputati", pág. 1133, y de Gianzi, *idem*, pág. 1138.

⁴⁵ Véase Tribunal Constitucional, 29.11.1960 núm. 67, en *Giur. cost.* 1960.

es la que figura en el párrafo segundo del artículo 6 de la Ley del 20 de marzo de 1865 núm. 2284, inciso E, relativa a la institución del *solvo et repete*.⁴⁶

Es evidente que de dicha norma se desprende una diferencia de trato entre el contribuyente que tenga medios suficientes, y el que no tenga medios suficientes para pagar su deuda o no pueda encontrarlos recurriendo al crédito, en vista también del retraso con que obtendría el reembolso de las cantidades pagadas, en caso de salir victorioso del pleito. Al primero, gracias a sus condiciones económicas le es dado pedir justicia, y obtenerla en caso de poder comprobar que le asiste la razón. Al segundo le resulta difícil o incluso imposible tener esta oportunidad, tanto de hecho como en base al derecho, debido a una disposición procesal establecida por la ley, y consistente en la obligación de abonar una cantidad a veces bastante considerable.⁴⁷

1195, y en doctrina *Lucarini*, "L'art. 98 c.p.c. e la Costituzione", en *Rivista di diritto processuale* 1958, 421; Bianchi d'Espinosa, "Illegittimità costituzionale della cautio pro expensis", en *Giustizia civile* 1960, II, 209; Satta, "Incostituzionalità della cautio pro expensis", en *Giur. cost.* 1960, 1197.

⁴⁶ Esta expresión ("paga, y luego solicita la restitución") significa que el contribuyente, para poder acudir ante el juez, debe haber cumplido previamente con la obligación tributaria fijada, en cuanto a su importe, por la administración pública. El párrafo segundo del artículo 6, incriminado, disponía, de hecho, que "en toda controversia sobre impuestos los actos de oposición, para ser admisibles en el juicio, deberán ir acompañados del certificado de pago del impuesto".

⁴⁷ Véase Tribunal Constitucional, 31.3.1961 núm. 21, en *Giur. cost.* 1961, 138, y en doctrina Treves, "Exit solve et repete", en *Giur. cost.* 1961, 139; Esposito, "Considerazioni sulla morte del solve et repete", en *Giur. cost.* 1961, 142; *Capaccioli*, "La eliminazione del solve et repete," en *La Provincia di Lucca*, 1961 núm. 2.

También se relacionan con el artículo 3 de la Constitución las siguientes sentencias del Tribunal: Núm. 22 de 5.5.1959 (en *Giur. cost.* 1959, 319), en virtud de la cual no nace ningún conflicto de la norma del artículo 313, párrafo tercero, del Código Penal (autorización de proceder por los delitos de vilipendio de las instituciones constitucionales), en vista de que tal norma no establece discriminación alguna entre los ciudadanos, pues éstos, en caso de encontrarse en las situaciones previstas en la citada disposición, son todos indistintamente objeto del mismo trato. Para la doctrina sobre el particular, véanse Casetta, "Legittimità costituzionale dell'istituto dell'autorizzazione a procedere", en *Giur. cost.* 1959, 320; Conso, "Illegittimo l'istituto dell'autorizzazione a procedere", en *Rivista italiana di diritto processuale penale* 1958, pág. 877 y ss.; Esposito, *Eguaglianza cit.*, pág. 17 y ss. Núm. 64 de 25.5.1957 (en *Giur. cost.* 1957, 713), sobre legitimidad constitucional de la ley del 21 de octubre de 1950 núm. 841 (ley de ajuste o liquidación, "legge stralcio") y del Decreto del Presidente de la República del 7 de febrero de 1951 núm. 67, habiendo tenido el legislador la intención de proceder a una transformación parcial y radical del régimen económico y jurídico de la propiedad de tierras, en armonía con el párrafo segundo del artículo 3 de la Constitución. Núm. 38 de 15.6.1960 (en *Giur. cost.* 1960, 628), sobre la legitimidad constitucional del decreto-ley del Jefe provisional del Estado, del 3 de octubre de 1947 núm.

IV

En este punto del examen de la cuestión se imponen algunas observaciones a modo de conclusión, a la luz de los principios constitucionales examinados y en relación con su aplicación en el marco de nuestro ordenamiento.

Nuestra Constitución – como también las diversas Cartas fundamentales que se han elaborado – ha afirmado la inderogable exigencia del reconocimiento y protección de las libertades individuales. Sin embargo, para evitar que la Constitución se parezca a un libro que sólo contuviera los encabezados de los varios capítulos, seguidos por páginas y más páginas en blanco ⁴⁸, en espera de ser llenadas, es preciso que existan o se instituyan órganos e instrumentos

1222 (concerniente a la admisión obligatoria de los mutilados e inválidos del trabajo en las empresas privadas).

Núm. 3 de 26.1.1957 (en *Giur. cost.* 1957, 11), sobre constitucionalidad del artículo 52 del Decreto del Presidente de la República de 27 de octubre de 1953 núm. 1067, que prohíbe a los viejos contadores o peritos mercantiles (“ragionieri”), ya inscritos en el registro de los “ragionieri” así como en el de los peritos en economía y comercio, y que no ostenten el título de doctor en ciencias comerciales (“dottore commercialista”), inscribirse en el segundo registro sin previa cancelación en el primero.

Núm. 28 de 26.1.1957 (en *Giur. cost.* 1957, 398), que declara la legitimidad constitucional del artículo 10 de la Ley del 23 de mayo de 1950 núm. 253, que reglamenta los arrendamientos de los inmuebles destinados a la habitación, con disposiciones diferentes de las aplicables a los inmuebles destinados a otros usos.

Núm. 46 de 15.7.1959 (en *Giur. cost.* 1959, 743), sobre constitucionalidad de la Ley del 15 de febrero de 1958 núm. 74, que reglamenta los cánones enfiteúticos venecianos, imponiendo un límite del triple del rédito “dominical” de la finca que gravan.

Núm. 70 de 6.12.1960 (en *Giur. cost.* 1960, 1209), sobre legitimidad constitucional del artículo 4 de la Ley del 4 de agosto de 1955 núm. 692, concerniente al descuento otorgado sobre los precios de los productos farmacéuticos a favor de determinadas entidades e instituciones.

Núm. 42 de 11.7.1961 (en *Giur. cost.* 1961, 951), sobre legitimidad constitucional de las disposiciones contenidas en el artículo 15, texto único, 16 de mayo de 1960 núm. 570, relativas a la composición de los órganos de las administraciones comunales, y a las elecciones a los mismos.

Núm. 64 de 28.11.1961 (en *Giurisprudenza italiana* 1962, I, 1, 357), que considera constitucional el artículo 559 del Código Penal, en materia de adulterio, poniendo de manifiesto que dicha norma no crea ninguna situación de inferioridad por lo que respecto a la esposa, sino únicamente toma nota de una situación diferente, adaptándole un reglamento jurídico también diferente. En la motivación de todas estas sentencias el Tribunal ha afirmado que el legislador puede dictar normas diferentes para reglamentar situaciones consideradas diferentes por él – con evaluación discrecional – adaptando así la reglamentación jurídica a los variados aspectos de la vida social, con normas dictadas para categorías de destinatarios y no *ad personam*, salvo, naturalmente, en lo relativo a la observancia de los límites fijados en el párrafo primero del artículo 3 de la Constitución.

⁴⁸ Romano, “Le prime carte costituzionali”, en *Annali Università di Modena*, 1906-1907, pág. 20 del extracto.

jurídicos perfectos, cuyo objetivo y cometido sea la eficaz protección de los derechos y libertades.

De tal exigencia – especialmente aguda, en verdad, en el momento actual – ha nacido, en particular, el impulso de solicitar las iniciativas necesarias para dar a conocer los problemas concretos que se plantean, en materia de defensa de los ideales de libertad y de los derechos humanos, con objeto de promover, en los diferentes campos de los ordenamientos estatutarios, las disposiciones y actividades necesarias al perfeccionamiento de las instituciones.

La actividad desarrollada con este fin corresponde a los principales cánones de la ética social, y constituye una importante contribución al acercamiento entre los países: en efecto, las relaciones entre el Estado y los ciudadanos son un factor determinante de la confianza entre los Estados.⁴⁹

En el Estado de derecho, el principio, ético y jurídico, de la inviolabilidad de los derechos y de la libertad – además, naturalmente, de quedar a cargo de los hombres – queda a cargo del propio Estado, el cual debe proteger al individuo contra el Estado mismo, y no permitirse, en el desarrollo de su actividad y principalmente en el campo legislativo, ninguna violación de los derechos de los ciudadanos.⁵⁰

Estimamos, precisamente, que es sobre todo la actividad legislativa la que requiere estímulo y atención; el legislador ordinario, además de una auténtica y sólida preparación jurídica, debe poseer la capacidad de interpretar con cordura y sentido de responsabilidad los principios contenidos en las normas constitucionales, para evitar afirmaciones y aplicaciones que excedan el texto mismo de la Carta.

En este sentido debe observarse que en nuestro ordenamiento, el legislador tiene libertad en la determinación y desarrollo de su actividad, con la salvedad de los límites específicamente fijados por la Constitución.

El poder fiscalizador del Tribunal Constitucional es en el fondo limitado, pudiendo ejercerse únicamente con respecto a la “legitimidad constitucional de las leyes y de los actos que tengan fuerza de ley” (artículo 134 de la Constitución); el control de la legitimidad constitucional, en base al artículo 28 de la *Ley ordinaria* del 11 de marzo de 1953, núm. 87, relativa al funcionamiento del Tribunal, excluye de hecho, “toda evaluación de índole política, así como toda fiscalización con respecto al uso del poder discrecional del Parlamento”.

⁴⁹ Tal es el alto objetivo que se ha fijado la Comisión Internacional de Juristas, a la cual está afiliada la Asociación Italiana de Juristas, fundada en 1956.

⁵⁰ Véase Carnelutti, *La missione del giurista*, pág. 13, Padua 1959.

Sin hacer caso omiso del carácter sumamente delicado, incluso, tal vez, arriesgado, que presentaría una modificación de la actividad de control del Tribunal Constitucional, nos vemos llevados a preguntarnos si no pudiera admitirse una vigilancia, aunque fuera cauta y comedida, del "poder discrecional" que es base de la actividad legislativa: efectivamente, una norma de ley, aunque se ciña a la letra de las normas constitucionales, bien pudiera llegar a violar o exceder el espíritu de las mismas, con gravísimas consecuencias sobre todo en materia de libertad e igualdad efectiva para todos.

Dra. ANNAROSA PIZZI *

* Ayudante de la cátedra de Derecho Administrativo en la universidad de Pisa.

LA INSTITUCIÓN DEL "OMBUDSMAN" EN NUEVA ZELANDIA

(Segunda parte)

En vista del interés manifestado por el artículo que sobre ese tema apareció en el número de la *Revista* correspondiente al verano de 1962, consideramos oportuno poner al día la información allí contenida. Sencillamente, en virtud de una Ley del Parlamento sancionada por el gobernador general el 7 de septiembre de 1962, Nueva Zelandia tiene un "ombudsman" desde el 1° de octubre de 1962. Tiene mucho interés subrayar, aunque carezca de importancia constitucional, que por virtud de la Ley su título es el de "ombudsman".

Se ha nombrado para el cargo a sir Guy Richardson Powles, K.B.E., C.M.G., E.D., LL.B. Sir Guy, que tiene 57 años de edad y se educó en Nueva Zelandia, se graduó en Derecho y ejerció luego la abogacía. Durante la segunda guerra mundial prestó servicio en las Fuerzas Militares de Nueva Zelandia, en las que alcanzó el rango de coronel. Después de la guerra, fue durante algunos años consejero de la Legación (así era entonces) de Nueva Zelandia en Washington. Luego, desempeñó durante mucho tiempo el cargo de alto comisionado de Samoa Occidental, que era hasta su reciente declaración de independencia un territorio bajo la administración fiduciaria de Nueva Zelandia. Últimamente, había sido alto comisionado de Nueva Zelandia en la India y Ceilán. Ha combinado así las carreras de abogado, militar, administrador y diplomático. El éxito obtenido en estas esferas hará de él una persona digna de ocupar el importante cargo para el que ha sido nombrado. Estos son los detalles personales que convenía mencionar.

Como se recordará, en la sesión parlamentaria de 1961 se presentó un proyecto de Ley encaminada a crear la institución de comisario parlamentario de Investigaciones; no se conocía oficialmente la palabra "ombudsman". Este proyecto no fue tramitado a causa del trabajo que agobiaba entonces al Parlamento, pero quedó entendido que se daría curso a la propuesta en la sesión siguiente.

Muy al comienzo de la sesión de 1962, el fiscal general presentó el proyecto de Ley que, en general, era idéntico al presentado en 1961, pero con la adición de algunas enmiendas a las que haremos referencia más adelante; se dio primera lectura al proyecto. Después de un extenso debate con motivo de la segunda lectura, el proyecto

se remitió a la Comisión de Revisión de Leyes de la Cámara de Representantes. Al revés de lo que ocurre con la mayoría de las Comisiones de la Cámara, no se levantan actas de las sesiones de esta Comisión. Por consiguiente, no sabemos qué pareceres se manifestaron en las deliberaciones de la Comisión, pero las enmiendas, unas pocas, recomendadas por la Comisión fueron aprobadas en su totalidad por la Cámara en el debate ulterior. Con las modificaciones introducidas, se dio tercera lectura al proyecto y, después de recibir la sanción del gobernador general, el texto adquirió fuerza de Ley.

La enmienda más interesante recomendada por la Comisión de Revisión de Leyes se refería al título de la Ley y al nombre del comisario. En la forma presentada a la Cámara, el proyecto se denominaba "Proyecto de Ley relativa al comisario parlamentario de Investigaciones" y el funcionario correspondiente se denominaba "comisario parlamentario de Investigaciones". La Comisión recomendó que, al ser promulgada, la Ley recibiera el título de "Ley relativa al comisario parlamentario (ombudsman)" y que la cláusula por la que se creaba el cargo dispusiera lo siguiente: "Se nombrará, en calidad de funcionario del Parlamento, un comisario de Investigaciones que se llamará el "ombudsman". Estas cuestiones se sometieron a votación, pero con libertad de voto resultaron aprobadas las recomendaciones de la Comisión. Ahora bien, teniendo en cuenta que en toda la Ley se denomina "comisario" a este funcionario, cabe preguntarse quién va a llamarle "ombudsman".

La nueva Ley sólo difiere del proyecto presentado en 1961 en algunos aspectos, de más o menos importancia.

Ya no se requiere que el "ombudsman" se retire a la edad de 72 años. Es más, no se fija la edad de retiro.

Ya no se fija el sueldo del "ombudsman" en la Ley, sino que lo hará el gobernador general por decreto dictado en Consejo de Ministros. De hecho, el decreto correspondiente ha fijado el sueldo en el mismo importe que se había previsto en el proyecto de 1961: 3.500 libras anuales.

Las funciones del comisario se definen con algún detalle en el artículo 11. En el proyecto de 1961, se estipulaba que el comisario investigaría algunos asuntos "previa recepción de una queja o por decisión propia". En la nueva Ley se agregan algunas palabras para disponer que, caso de recibir una queja, podrá iniciar cualquier investigación "a pesar de que en principio la queja no se dirija contra ninguna decisión, recomendación o acto realizado por una persona o departamento administrativo cuyas actividades estén comprendidas dentro del ámbito de la Ley".

En otra enmienda (contenida en los párrafos 4) y 5) del artículo 15) se prevé la celebración de consultas entre el comisario y los ministros de la Corona. En el párrafo 4) se estipula que, en

cualquier momento de una investigación o más tarde, el comisario podrá consultar a cualquier ministro que sea competente en el asunto objeto de investigación. En el párrafo 5) se estipula que, previa petición de un ministro que se ocupe de una investigación o de un caso cuya investigación esté relacionada con una recomendación hecha a un ministro, el comisario consultará al ministro después de realizar la investigación y antes de formarse una opinión definitiva acerca de cualquiera de los asuntos sobre los que el comisario está autorizado a presentar informe y a formular recomendaciones al departamento competente.

Probablemente la enmienda más importante es la contenida en el párrafo 2) del artículo 17. Tiene por objeto limitar el poder de la Corona, según el cual no tiene que presentar documentos al comisario basándose en lo que popularmente se denomina el privilegio de la Corona. En una decisión reciente del Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda (*Corbett v. Social Security Commission* [1962] N.Z.L.R. 878), este Tribunal resolvió que tenía autoridad para examinar los documentos que la Corona o el ministro querían retener y podía decidir por sí mismo si estos documentos se debían presentar como pruebas o si debían ser retenidos por motivos de interés público. Esta decisión limita en cierto modo el poder de la Corona definido por la Cámara de los Lores en el asunto *Duncan v. Cammell Laird & Co. Ltd.*, [1942] A.C. 635. Ahora bien, el párrafo 2) del artículo 17 va más allá; se dispone en él que, sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 1), al que haremos referencia más adelante, la norma que autoriza o exige la retención de cualquier documento o texto o la negativa a responder a una pregunta, basándose en que la revelación del documento o texto o la respuesta a la pregunta perjudicaría al interés público, no se aplicará a ninguna investigación que realice el comisario ni a los trámites que él dirija.

Por otra parte, en el párrafo 1) del artículo 17 se describen las circunstancias en que la Corona puede reclamar privilegio en el caso de los trámites que dirija el comisario. Se dispone que, si el fiscal general certifica que comunicar una información, contestar a una pregunta o presentar un documento, texto u objeto:

- a) puede poner en peligro la seguridad, la defensa o las relaciones internacionales de Nueva Zelanda (comprendidas las relaciones de Nueva Zelanda con el gobierno de cualquier país o con cualquier organización internacional), o puede poner en peligro la investigación o el descubrimiento de delitos;
- b) puede suponer la revelación de deliberaciones del Consejo de Ministros, o
- c) puede suponer la revelación de las actas del Consejo de Ministros o de cualquier órgano subsidiario del Consejo,

que se refieran a asuntos de carácter secreto o confidencial, en detrimento del interés público, el comisario no podrá exigir la presentación de datos, ni la contestación a una pregunta, ni tampoco la presentación de un documento, texto u objeto.

Dos cuestiones que fueron objeto de críticas cuando se presentó el proyecto de 1961 han sido mantenidas en la Ley de 1962. Se refieren a la duración en el cargo de "ombudsman" y a la exclusión de las actividades de las autoridades locales fuera de su esfera de actividad.

En el debate sostenido con motivo de la segunda lectura, el fiscal federal describió como "enteramente infundadas" las críticas con las que se pretendía conseguir que el comisario fuera nombrado durante un plazo determinado de años para darle seguridad y hacer así más atractivo el cargo para la persona apropiada. El fiscal general trató de justificar la disposición que estipula, en realidad, un período trienal de desempeño del cargo, mientras se celebren en Nueva Zelanda elecciones trienales, alegando que el "ombudsman" es el agente del Parlamento y que éste ha de tener confianza en él. Por consiguiente, cada Parlamento ha de intervenir en su nombramiento. Comparando el cargo de comisario con el de interventor y censor general de cuentas, el fiscal general dijo que éste sólo puede ser destituido por motivos tales como incompetencia o dejación grave del deber, pero el ombudsman quizá sea competente, laborioso y eficiente y ser no obstante inaceptable para el Parlamento en funciones. En virtud de la Ley, es posible sustituirle por el simple método de no renovar el nombramiento. Esto es mucho más equitativo que buscar un motivo para prescindir de sus servicios. El fiscal general añadió: "Si su nombramiento durara un lapso prefijado de años, el Parlamento podría considerar inadmisibles que siguiera ocupando el cargo cuando, en realidad, el Parlamento no tuviera confianza en él. Ha de tener la confianza del Gobierno". En una interrupción, un diputado dijo que debería tener también la confianza del pueblo. El fiscal general convino en ello, pero siguió diciendo que, si el "ombudsman" no tuviera la confianza del gobierno, el cargo se podría convertir en uno de los nombramientos políticos más desagradables que quepa imaginar. ¿Cuál sería la situación si en lo porvenir un partido político nombrara deliberadamente a un comisario parlamentario para crear molestias al gobierno subsiguiente? A su juicio, el motivo más fundado que justificaba la inserción de la disposición en la Ley era el siguiente: el principio de renovar el nombramiento cada tres años dará a la oposición la oportunidad de manifestar de vez en cuando su parecer sobre la persona que se vaya a nombrar.

El fiscal general describió al "ombudsman" como agente del Parlamento, pero en realidad será el agente del Gobierno. Así se

puso de manifiesto en la declaración del fiscal general, es decir, que ha de tener la confianza del Gobierno. Es un hecho que el nombramiento de sir Guy Powles fue acogido con particular agrado por ambos partidos y hasta la fecha se puede decir que tiene la confianza no sólo del Gobierno, sino también del Parlamento. Sólo con el transcurso del tiempo se sabrá si va a conservar esa confianza, como procurará con toda seguridad. La insinuación del fiscal general, de que en lo porvenir algún partido político nombre deliberadamente a un "ombudsman" para crear molestias al Gobierno sucesivo, es un tanto quimérica. Es evidente que raras veces se preparan los gobiernos para unas elecciones generales o realizan antes maniobras políticas con la idea de que van a perder el poder. Mucho más acertado es el punto de vista de que los informes del "ombudsman" quizá ocasionen molestias al gobierno en funciones y así, casi *ex hypothesi*, suministren municiones para los disparos de la oposición. Si ésta pasa a ocupar el poder, lo más probable es que renueve el nombramiento del "ombudsman". Ahora bien, ¿puede decirse que ocurrirá lo mismo si el gobierno conserva el poder? Cabe afirmar que la independencia de pensamiento y de actuación es el criterio fundamental para la función del "ombudsman" y puede muy bien que así quede demostrado, incluso en el caso de que sus actividades sean objeto de revisión cada tres años. Sin embargo, es poco probable que su independencia sea amenazada si su duración en el cargo se fija en virtud de una ley; lo contrario ocurriría si dependiera del resultado de unas elecciones generales.

El fiscal general hizo ver también que el interventor y censor general de cuentas se ocupa de asuntos financieros que están definidos en las leyes vigentes; en cambio, el "ombudsman" ha de examinar opiniones sobre cuestiones administrativas que — afirmó — pertenecen a una esfera totalmente distinta. Ahora bien, una cuestión administrativa quizá requiera un examen tan cuidadoso de los asuntos como una cuestión exclusivamente jurídica. La experiencia que se adquiriera tanto en Dinamarca como en Nueva Zelandia quizá tenga por resultado reducir los aspectos puramente políticos del cargo del "ombudsman", contrariamente a la tendencia que se manifiesta en la Ley actual.

Refiriéndose al argumento de que el "ombudsman" debiera tener jurisdicción sobre las autoridades locales que, como aceptó el fiscal general, pueden ejercer abusivamente sus atribuciones lo mismo que los departamentos ministeriales, el fiscal general dijo que sería imprudente comprender a las autoridades locales dentro de la actual competencia del "ombudsman". Sería necesario instituir un mecanismo distinto, porque las autoridades locales no responden de sus actos ante el Parlamento en la forma en que lo hacen los ministerios. Sin embargo, el fiscal general no descartó la posibilidad de comprender un día a las autoridades locales en la jurisdicción del

"ombudsman". Dijo que entre tanto la Ley se limitaría a los actos o decisiones de las autoridades de la administración central.

La posibilidad de que las autoridades locales queden comprendidas en la jurisdicción del "ombudsman" reviste particular interés teniendo en cuenta que, en el curso del debate, uno de los pocos ejemplos que el fiscal general citó de los posibles casos de que quizá se ocupe el "ombudsman" era la investigación de las expropiaciones realizadas al amparo de la Ley de Obras Públicas, para comprobar si están justificadas. No se dispone de estadísticas, pero se cree que las autoridades locales expropián más terrenos en virtud de esta Ley que los departamentos ministeriales. De hecho, el ejercicio por el "ombudsman" de sus atribuciones para informar sobre las expropiaciones forzosas de terrenos tendría más relación con la realidad si los organismos locales quedaran comprendidos entre los sujetos a su jurisdicción. Es interesante poner de relieve que desde el 1° de abril de 1962 la jurisdicción del "ombudsman" danés abarca a las personas que están al servicio de las autoridades de la administración local en los asuntos en los que cabe interponer recurso ante una autoridad de la administración central.

A nuestro juicio, uno de los puntos débiles del debate sobre la Ley propuesta fue la falta de referencias a los casos prácticos en que procederá pedir al "ombudsman" que actúe. Un diputado gubernamental se refirió a la cuestión de la fiscalización de las importaciones, cuando la concesión de una licencia de importación a una persona causa inevitablemente una sensación de agravio en otra. El primer ministro adjunto mencionó que el ministro de Ferrocarriles del Gobierno anterior no había podido disponer la construcción de una estación en beneficio de algunos de sus electores que, a pesar de que la línea de ferrocarril pasaba por delante de su casa, habían de recorrer casi dos kilómetros hasta la estación más próxima. En general, los oradores no hicieron alusión a ejemplos concretos para describir en qué circunstancias investigará el ombudsman los pretendidos agravios.

Entre tanto, el "ombudsman" ha presentado su primer informe al Parlamento. En el artículo 19 de la Ley se dispone que el "ombudsman" presentará un informe anual al Parlamento sobre el ejercicio de las funciones que se definen en la misma Ley, pero se dispone expresamente que este requisito no limita su derecho a presentar informes en cualquier otro momento. El primer informe abarca el corto periodo de cinco semanas desde la fecha de su entrada en funciones hasta el 5 de noviembre de 1962.

Cuando tomó posesión de su cargo, el "ombudsman" pudo comprobar que ya se había presentado un gran número de quejas. Hasta el 5 de noviembre, se habían recibido 142 quejas y seguían llegando otras nuevas al ritmo de unas dos diarias. El índice de las quejas recibidas revela que el mayor número (15) está formulado

contra el departamento encargado de la percepción de impuestos; los de seguridad social, educación y sanidad vienen en segundo lugar con 9 quejas cada uno. Del total de 142 quejas, se habían formulado 19 contra organismos cuyo funcionamiento no está facultado el "ombudsman" para investigar; otras 18 se habían clasificado como "informaciones incompletas".

El "ombudsman" se negó a examinar 44 casos después de la investigación inicial. El principal motivo en que basó su decisión fue que las quejas no quedaban comprendidas en las disposiciones del principal artículo de la Ley, esto es, el artículo 11. Este artículo excluye de las investigaciones a cargo del "ombudsman" las decisiones que puedan ser objeto de recurso ante un tribunal de justicia o ante un tribunal administrativo, cualquier decisión de una persona que ejerza las funciones de fideicomisario definidas por la Ley sobre fideicomisos de 1956, y cualquier decisión de una persona que ejerza las funciones de asesor jurídico de la Corona o actúe en calidad de abogado de la Corona en cualquier asunto sometido a un tribunal. En el mismo artículo se prohíbe al comisario que investigue cualquier asunto relativo a un miembro de las fuerzas armadas en la medida en que el asunto se refiera a las estipulaciones o condiciones de su servicio o a cualquier orden, mandato, decisión, pena o castigo que haya recibido.

El "ombudsman" sólo ha finalizado sus investigaciones en cuatro casos. En ninguno de ellos se manifestó convencido de que la decisión impugnada quedaba comprendida dentro de las disposiciones del párrafo 1) del artículo 19; en otras palabras, no expresó la opinión de que con arreglo a dicho apartado la decisión, recomendación, acto u omisión que era el asunto objeto de la investigación:

- a) fuera en principio incompatible con la Ley;
- b) fuera injustificado, injusto, opresivo o impropriamente discriminatorio o estuviera en armonía con una norma jurídica o disposición de cualquier Ley o práctica que sea o pueda ser injustificada, injusta, opresiva o impropriamente discriminatoria;
- c) se basara total o parcialmente en un error de hecho o de derecho; o
- d) estuviera equivocado.

El índice de las quejas que acompaña el informe del "ombudsman" revela que se han formulado quejas contra 28 departamentos gubernamentales, pero en ningún lugar del informe se menciona su carácter. En futuros informes quizá considere oportuno el "ombudsman" dar detalles de algunos de los casos que ha investigado. El público en general se dará cuenta de que estos detalles no sólo son interesantes, sino que sirven como guía para determinar en qué medida auténticas quejas pueden ser subsanadas por la inter-

vención del "ombudsman". En un folleto publicado en Copenhague en 1961, el "ombudsman" danés - el profesor Hurwitz - facilita detalles sobre algunos casos de especial interés investigados por él. Ponen de relieve la utilidad, en un medio político moderno, de un funcionario que ejerce las atribuciones del "ombudsman". En la mayoría de los asuntos relativos al comisario parlamentario, Nueva Zelanda se ha ajustado a la pauta trazada por Dinamarca. No parece haber ningún motivo que se oponga a que, también en este caso, se siga el ejemplo de Dinamarca.

A. G. DAVIS *

* Profesor de derecho en la universidad de Auckland, Nueva Zelanda.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

APRECIACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES ELECTORALES

La participación del ciudadano en el establecimiento de la voluntad del Estado, sobre todo con el ejercicio del derecho de voto, se basa en la concepción de que el ciudadano sólo es libre cuando participa activamente en la construcción del orden jurídico a que está sujeto. Así, el derecho de voto y elección figura entre los derechos políticos fundamentales en muchas constituciones. Se enuncia también en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas; en su artículo 21 se dice:

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

El principio de derecho electoral, expuesto en el párrafo 3, así como en muchas constituciones, se recoge en la ley electoral, que no debe desfigurarse, falsearse o traicionar su esencia. Al elaborar una ley también deben respetarse otros derechos fundamentales, por ejemplo, la igualdad ante el derecho. En los países en que la constitucionalidad de los actos del poder legislativo es apreciada por el poder judicial, también está sometida a dicha apreciación la ley electoral. Los fallos, analizados a continuación, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el Tribunal Federal Suizo y el Tribunal de Estado del Principado de Liechtenstein son tres ejemplos de dicha apreciación.

Estados Unidos

En marzo de 1962 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó sentencia en el asunto *Baker v. Carr*. El Tribunal decidió, por 6 votos contra 2, que los demandantes habían probado suficientemente su derecho a entablar juicio al amparo de lo dispuesto sobre "protección judicial" en la 14ª Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos, y que correspondía al Tribunal Federal de Distrito de Tennessee, que había desechado antes el asunto, conocer

de la demanda y resolverla. En este comentario nos proponemos explicar brevemente por qué el asunto tiene importancia.

Un texto legislativo vigente desde 1901 en el Estado de Tennessee, la Ley sobre distribución electoral, regula la repartición de los miembros de la Asamblea General entre los 95 condados del Estado. Según esta Ley, a los efectos de tal distribución, en vez de utilizar las estadísticas del Estado para calcular el número de los electores, se empleará como base el censo federal efectuado en 1900. En el artículo II, apartado 5, de la Constitución de Tennessee se dispone:

En los momentos en que se realicen enumeraciones, el número de representantes se distribuirá entre los diversos condados o distritos en correspondencia con el número de electores calificados residentes en cada uno de ellos . . .

Las elecciones senatoriales se rigen por una disposición análoga. En los sesenta años de vigencia de la Ley, han fracasado todas las propuestas en favor de una redistribución. El censo federal de 1900 sigue utilizándose *todavía* para elegir a los representantes de la Asamblea General de Tennessee. Por supuesto, la población del Estado ha aumentado considerablemente desde dicho año y ha habido importantes migraciones internas. Como dijo el magistrado Brennan al exponer la opinión de la mayoría del Tribunal: "La continua aplicación de la Ley de 1901 a un mayor número de votantes distribuidos diversamente es lo que de modo primordial da lugar a la presente controversia".

Las condiciones reinantes en Tennessee fueron descritas por el magistrado Clark, que votó con la mayoría, en los términos siguientes:

Los hechos determinantes no pueden ser puestos en duda. Según las estadísticas, el 37 por ciento de los votantes de Tennessee elige a 20 de los 33 senadores y el 40 por ciento de los votantes elige a 63 de los 99 miembros de la Cámara de Representantes.

Más adelante, en la misma opinión, añadía:

Se reconoce que es muy dispar la capacidad que, en materia de votos, media entre los condados grandes y los pequeños. Por ejemplo, el condado de Moore elige a dos representantes y tiene una población (2.340 habitantes) que sólo es la undécima parte de la de Rutherford (25.316) que elige al mismo número de representantes. Decatur (5.563) elige al mismo número de representantes que Carter (23.303), cuya población es el cuádruple de la del primero . . .

Éste es el estado de cosas existente. Los demandantes, con capacidad de voto para elegir a los miembros de la asamblea legislativa de Tennessee, alegaron ante el Tribunal de Distrito que se considera-

ban privados de sus derechos constitucionales federales porque la Ley de 1901 distribuye "arbitraria y caprichosamente" los puestos de la Asamblea General y, además, porque como resultado de la negativa del Estado a efectuar una redistribución sus derechos como electores sufrían menoscabo y se les negaba la igual protección de las leyes garantizada por la 14ª Enmienda. Por consiguiente, pedían que se pronunciara una sentencia declarativa de que la Ley de 1901 era inconstitucional y se dictara un mandamiento que prohibiera a algunos funcionarios del Estado la organización de más elecciones con arreglo a tal ley. El Tribunal de Distrito desechó la demanda por considerar, primero, que era incompetente y, segundo, que no se había probado ningún derecho que llevara aparejada la concesión de un remedio. Los demandantes recurrieron ante el Tribunal Supremo. Las audiencias tuvieron efecto en abril y octubre de 1961 y el asunto fue resuelto definitivamente el 26 de marzo de 1962. Se decidió:

1) que el Tribunal Federal de Distrito *sí* era competente para conocer del asunto, pues la cuestión debatida estaba comprendida en el poder judicial federal definido en el artículo III, apartado 2, de la Constitución Federal y la totalidad de los precedentes establecidos mantenían la competencia de los tribunales federales en las cuestiones constitucionales de esta índole;

2) que las alegaciones de los demandantes, según las cuales había una denegación de la igualdad de protección garantizada por la 14ª Enmienda, daban lugar a un derecho de entablar juicio. El magistrado Brennan rechazó con firmeza el parecer del Tribunal de Distrito, de que la demanda planteaba una "cuestión política" que, por consiguiente, no podía ser objeto de solución judicial. A este respecto, el Tribunal examinó cuidadosamente, para rechazarlo, el argumento de que el asunto estaba comprendido en el artículo 4, apartado 4, de la Constitución, que garantiza a todos los Estados la forma republicana de gobierno;

3) que los demandantes tenían derecho a entablar juicio.

En consecuencia, el asunto fue devuelto al Tribunal de Distrito de Tennessee, sin que el Supremo especificara qué remedio debía acordar el Tribunal de Distrito.

Dos miembros del Tribunal Supremo, los magistrados Frankfurter y Harlan, expresaron una opinión disidente. Un comentarista ha escrito:

A juicio de la minoría, la cuestión planteada en Tennessee es una petición de garantía relacionada con el artículo IV que se pretende confundir con una reclamación del derecho de voto al amparo de la 14ª Enmienda. Como dice el magistrado Frankfurter, se pide al Tribunal que escoja entre dos criterios contradictorios de representación, o entre teorías contradictorias de filosofía política, con objeto de fijar el sistema de gobierno apropiado para Tennessee y, por lo tanto, para todos los

Estados de la Unión. ¿Por qué? Responde el magistrado, porque si un tribunal ha de determinar qué es lo que garantiza la "igualdad de protección", se habrá de determinar primero la cuestión relativa a la forma republicana de gobierno, es decir, qué forma de gobierno se permite. Por consiguiente, no se puede hacer una distinción entre la igualdad de protección y la forma republicana de gobierno, y la igualdad de protección no facilita una orientación más clara para el examen judicial de los métodos de distribución que la garantía relativa a la forma republicana. Después de examinar los sistemas inglés y norteamericano de representación, antiguos y presentes, la minoría llega a la conclusión de que, en resumen, no es cierto que la representación proporcional a la distribución geográfica de la población se acepte universalmente como un elemento necesario de la igualdad entre los hombres y que, por consiguiente, se deba tomar como el criterio de la igualdad política garantizada por la 14ª Enmienda. Esta igualdad, por conveniente que sea, no se ha llevado a la práctica por lo general y, teniendo en cuenta los múltiples factores sociales, económicos y políticos que influyen sobre las decisiones que determinan las normas de representación y distribución y teniendo también en cuenta los conflictos que surgen entre los partidos, esta minoría opina que el poder judicial federal no debiera intervenir en el asunto. Considera la minoría que la cuestión no debe ser objeto de acción judicial federal.

¿Qué se ha decidido en el asunto *Baker v. Carr*? Sabemos que *no* constituyó una decisión sobre el fondo de la demanda de distribución, pero decidió de modo tajante que los tribunales son los órganos apropiados para resolver las demandas de distribución. Además, se decidió que los asuntos de esta índole no son "cuestiones políticas", fuera del ámbito judicial. Hasta la decisión recaída en este asunto, las decisiones federales siempre habían resuelto diversamente, por un lado, la cuestión del menoscabo del derecho de voto por consideraciones raciales o de color (los asuntos relacionados con la 14ª Enmienda) y, por otro, el menoscabo de ese derecho por razón de las disparidades entre el número de votantes y la representación legislativa. Hasta ahora, los asuntos de la segunda clase habían sido calificados como "cuestiones políticas", más allá de la competencia de las autoridades judiciales, pero el Tribunal decidió de otro modo, según se explica más arriba. El dilema en que se debatían los electores de Tennessee fue claramente expuesto en la opinión emitida por el magistrado Clarke:

A mi modo de ver, la Ley de Tennessee sobre distribución es incompatible con la cláusula relativa a la igualdad de protección, pero personalmente no aceptaría la posibilidad de que este Tribunal interviniera en materia tan delicada si el pueblo de ese Estado tuviera a su alcance otra vía de recurso. Sin embargo, la mayoría del pueblo de Tennessee no tiene "posibilidades prácticas de ejercer en las elecciones la influencia política que le corresponde" para subsanar las "odiosas diferencias" existentes. En Tennessee no se reconoce el derecho de iniciativa ni el de referéndum. He buscado con diligencia si hay otras "posibilidades prácticas" de conformidad con la ley. No advierto que exista otra distinta del recurso a los tribunales federales. La mayoría de los electores está encerrada en estrictos límites legislativos...

La sentencia dictada en el asunto *Baker v. Carr* ha tenido un efecto sensacional. Según un artículo aparecido en la *Harvard Law Review* de mayo de 1962, estaban pendientes de resolución demandas de distribución en 22 Estados.* Por ejemplo, en Alabama el Tribunal Federal de Distrito, formado por tres magistrados, fijó un plazo dentro del cual la asamblea legislativa del Estado debía proceder a la redistribución. En Florida otro tribunal federal compuesto de tres magistrados decidió que las leyes sobre la materia eran "nulas" y que redistribuiría por decisión judicial a menos que el poder legislativo actuara con prontitud. En Kansas, un tribunal federal declaró en julio de 1962 que la distribución seguida para las dos cámaras del poder legislativo era inválida según las Constituciones federal y del Estado y ordenó que la elección de algunos miembros de la asamblea legislativa se efectuara sin limitaciones. En Rhode Island, el Tribunal Supremo del Estado declaró que la actual distribución legislativa era incompatible con la 14ª Enmienda, no dictó ningún mandamiento de redistribución, pero hizo notar que, si la Asamblea General no redistribuía los electores, un tribunal federal se encargaría probablemente de hacerlo.

En Tennessee, la Asamblea General, congregada en reunión extraordinaria en mayo de 1962 (después de la adopción por el Tribunal Supremo de la decisión en el asunto *Baker v. Carr*), aprobó con apresuramiento dos Leyes para la redistribución de los puestos de los cuerpos legislativos. Ahora bien, el Tribunal Federal de Distrito de Tennessee, cuya plena competencia para recibir y fallar el asunto se reconoce ahora, no consideró estas Leyes satisfactorias. El 22 de junio de 1962, el Tribunal decidió que eran "completamente arbitrarias y sin justificación racional". En otras palabras, no se habían eliminado las odiosas diferencias de que adolecía la Ley de 1901 sobre distribución electoral. El Tribunal dictó una providencia para aplazar el pronunciamiento de la sentencia definitiva hasta que la Asamblea General tuviera la oportunidad de revisar las dos Leyes en su reunión ordinaria de 1963.

En suma, la decisión recaída en el asunto *Baker v. Carr* hace prever la instauración de la igualdad del derecho de voto entre los ciudadanos de todos los Estados Unidos. Esto quizá tenga resultados de especial trascendencia en los Estados del Sur. Por lo demás, el asunto tiene particular importancia para el imperio de la ley, pues no hay duda de que este concepto está en plena armonía con el principio de que las asambleas legislativas han de ser la representación fidedigna del electorado.

* Según el *New York Times* de 1º de abril de 1963, se han redistribuido los puestos de los cuerpos legislativos de quince Estados desde que se tomó la decisión relativa al asunto *Baker v. Carr*.

Suiza

Por sentencia de 28 de marzo de 1962 en el asunto Geissbühler und Kons. — Gran Consejo del Cantón de Friburgo, la sala de derecho constitucional del Tribunal Federal Suizo negó la constitucionalidad del párrafo 3 del artículo 20 de la ley electoral del Gran Consejo del Cantón de Friburgo. En virtud del artículo 36 de la Constitución del Cantón de Friburgo, los diputados del Gran Consejo (parlamento cantonal) deben ser elegidos sobre la base de la representación proporcional. El procedimiento es el siguiente: conforme al artículo 20 de la ley electoral cantonal, la suma de los votos emitidos en un distrito electoral se divide por la cifra de los diputados que deben ser elegidos en dicho distrito. Esta operación permite obtener el cociente electoral. Cada partido tendrá derecho a tantos puestos de diputado como veces la cifra de los votos obtenidos por dicho partido contenga la cifra que representa el cociente electoral. Los partidos cuyos candidatos (listas electorales) obtienen menos del 15 por ciento de los votos válidos quedan excluidos del reparto de los puestos de diputados (cláusula de exclusión). Los votos obtenidos por dichos partidos se consideran como no emitidos y no se computan a efectos de cociente electoral. En virtud de dicha cláusula de exclusión, el partido social democrático en el distrito electoral de Sense y el partido de los trabajadores y empleados en el distrito electoral de See quedaron excluidos del reparto de puestos. El partido social democrático obtuvo el 6,6 por ciento de los votos emitidos y el partido de los trabajadores y empleados el 12,4 por ciento. Sin la aplicación de esta cláusula de exclusión, el partido democrático hubiera obtenido 20 puestos de diputado y el partido de trabajadores y empleados, 15.

Los dirigentes de ambos partidos privados de la posibilidad de obtener estos puestos en virtud de la cláusula de exclusión recurrieron ante el Tribunal Federal Suizo. Hicieron valer que el párrafo 3 del artículo 20 de la ley electoral que contiene dicha cláusula de exclusión era contrario al principio de la representación proporcional, sancionada en el artículo 36 de la Constitución de Friburgo, así como al principio fundamental de la igualdad ante el derecho, reconocido en el artículo 4 de la Constitución federal suiza.

De los considerandos de la sentencia del Tribunal Federal merecen mención las siguientes razones:

El artículo 36 de la Constitución del Cantón de Friburgo dispone que la elección del Gran Consejo se hará basándose en el principio de la representación proporcional. El sentido de esta disposición sería claro si las normas sobre la representación proporcional fueran suficientes y estables y si sólo existiera un tipo de representación proporcional. No es éste el caso precisamente. Existen distintas formas de este sistema electoral. Entre ellas, el legislador cantonal, al que la Constitución del cantón sólo prescribe en forma general que debe aplicar el principio

de la representación proporcional, puede elegir las que a su juicio corresponden mejor a la voluntad de los autores de la Constitución y a la situación del cantón... Si la Constitución, como ocurre en el cantón de Friburgo, se limita a sentar el principio de la representación proporcional el legislador no puede dictar normas para establecer el sistema electoral que haya elegido que puedan modificar tanto la naturaleza de la elección que ya no corresponda a una verdadera representación proporcional. Corresponde, por lo consiguiente, determinar si la cláusula de exclusión es una de estas normas que adulteran la naturaleza del sistema electoral...

La representación proporcional es el sistema electoral que concede a los grupos políticos, profesionales, sociales, de intereses, uniones de carácter más neutral, etc., existentes en un cuerpo electoral determinado, una participación representativa correspondiente a su fuerza e independiente de la voluntad de la mayoría constituida en dicho cuerpo electoral (*Bundesblatt* 1914, vol. II, artículo 124). Ya se sabe que la representación proporcional favorece la multiplicación de grupos más pequeños y menos importantes que tratan de obtener en el órgano legislativo la representación de sus ideas, salvo si dichas ideas corresponden a una pequeña minoría de ciudadanos. Se aduce que esa diseminación de fuerzas y la división de partidos políticos que la acompaña dificulta una gestión eficaz de los asuntos públicos. Existe ciertamente el peligro de que haga imposible la creación de una mayoría estable que asuma la plena responsabilidad de la actividad gubernamental.

El Tribunal Federal, después de haber confirmado la constitucionalidad de la cláusula de exclusión, examinó el problema de si su introducción en la ley electoral de Friburgo: quórum de 15 por ciento, era perfectamente constitucional. A este respecto, dice la sentencia:

En cuanto a la elección del Gran Consejo, hay que tener en cuenta la significación de los grupos que excluye la cláusula no sólo en relación con un distrito electoral determinado, sino en relación con la totalidad del cantón. Es un hecho que la importancia de un partido político difiere en las distintas regiones de un cantón. Desde ese punto de vista parece interpretado el quórum de 15 por ciento. Existe el peligro de que un grupo pierda en uno o varios distritos electorales puestos que podría haber ganado y que, junto con los obtenidos en otros distritos, le habrían permitido constituir en la Asamblea Legislativa una fracción suficientemente fuerte para influir en la gestión pública. De esta forma, además, el elector, cuya opinión política en una región determinada no es muy diversa, tampoco podría apoyar al partido que desea, a no ser que en la totalidad del cantón represente una corriente de opinión de cierta importancia.

El quórum del 15 por ciento podría dar lugar a que un grupo que represente el 14 o 15 por ciento de los electores y, por lo tanto, una minoría considerable quede excluido del Gran Consejo. Si dos partidos de esa importancia quedaran excluidos del reparto de puestos, la Asamblea Legislativa no podría pretender que representa proporcionalmente al cuerpo electoral, pues cerca del 29 por ciento de los ciudadanos no pueden participar en sus trabajos...

En virtud de esas consideraciones, el Tribunal Federal ha considerado el quórum del 15 por ciento fijado en el párrafo 3 del

artículo 20 de la ley electoral de Friburgo como una infracción del artículo 36 de la Constitución de Friburgo que sienta el principio de la elección basada en la representación proporcional. Anuló el reparto de puestos en el distrito de See porque en él la lista del partido de trabajadores y empleados obtuvo el 12,4 por ciento de los votos emitidos y, por lo tanto, consideró que las consideraciones expuestas respecto del quórum del 15 por ciento también eran válidas para el caso del 12,4 por ciento. En cuanto a la elección en el distrito de Sense, en el que el partido social democrático sólo obtuvo el 6,6 por ciento de los votos emitidos, adoptó una resolución distinta por considerar que el quórum era aplicable en ese caso.

Principado de Liechtenstein

Un caso análogo al anterior, que dio ocasión al Tribunal Federal Suizo para pronunciarse, ofreció el asunto examinado por el Tribunal de Estado del Principado de Liechtenstein el 1º de mayo de 1962 con motivo del recurso presentado por el partido social cristiano de Liechtenstein contra el Gobierno del Principado.

La sentencia se refiere a la elección del Parlamento (*Landtag*), de 25 de marzo de 1962. El *Landtag* es el Parlamento del Principado de Liechtenstein. Está compuesto de 15 diputados, de los cuales 9 del distrito de Oberland, 6 del distrito de Unterland.

El artículo 46 de la Constitución de Liechtenstein prescribe que el Parlamento se elegirá conforme al principio de la igualdad de voto y al principio de la representación proporcional. Según el artículo 22 de la Ley electoral de 18 de enero de 1939, la suma de los votos emitidos en un distrito electoral se divide por la cifra de los diputados que deben elegirse en ese distrito más uno y así se obtiene el cociente electoral. Una vez obtenida esta cifra, el reparto de los puestos se efectúa conforme al artículo 22 de la Ley electoral de forma que cada lista electoral, candidatos de un partido, tendrá derecho a tantos representantes como la cifra de los votos obtenida por dicho partido sea múltiplo del cociente electoral. En caso de que la distribución de los puestos no haya sido cubierta mediante esta primera división, se divide el número de puestos restantes entre los partidos que tienen aún el mayor número de votos después de efectuado el primer reparto. En virtud del párrafo 3 del artículo 22 quedan excluidos totalmente del reparto los partidos cuyas listas electorales hayan obtenido menos del 18 por ciento de los votos válidos. Los votos obtenidos por dichos partidos no cuentan a efectos del cociente electoral.

El partido social democrático obtuvo en esas elecciones del Parlamento de 1962 en el distrito de Oberland cerca del 9 por ciento de los votos de todo el cuerpo electoral y en el distrito de

Unterland, el 10,5 de todos los votos. En consecuencia, quedó excluido del reparto y presentó un recurso ante el Tribunal de Estado contra el reparto efectuado conforme a la Ley electoral. Hizo valer que el párrafo 3 del artículo 22 de la Ley electoral, en virtud del cual las listas de partidos que no obtuvieran el 80 por ciento de los votos del cuerpo electoral de dichos distritos quedaban excluidos del reparto de puestos, debía ser declarado anticonstitucional y que había que admitir la proporción matemática completa sin ninguna limitación, como lo declaraba el artículo 46 de la Constitución. Como prueba de su afirmación indicó que el principio de la igualdad reconocido en el artículo 31 de la Constitución decía que todos "los ciudadanos son iguales ante la ley" y que había sido infringido dicho principio, lo que constituía una medida arbitraria. En virtud del artículo 46 de la Constitución, que dispone que la elección del parlamento debe basarse en el principio de la igualdad de voto de todos los ciudadanos y en el principio de la distribución proporcionada sin limitación, hizo valer el recurrente que todo voto emitido no sólo debe tener el mismo valor matemático, sino además el mismo efecto y que cada voto, si no entra en el primer reparto, debe al menos ser incluido en la distribución de los votos restantes.

El Tribunal de Estado declaró el párrafo 3 del artículo 22 de la Ley electoral (cláusula de exclusión con el quórum de 18 por ciento) anticonstitucional y manifestó que debía haberse computado el cociente electoral obtenido por el partido cristiano social. Pero declaró que como el partido no había obtenido el cociente electoral no podía tampoco participar en el segundo reparto de los votos restantes. Un partido que no ha obtenido el cociente electoral no puede ocupar ningún puesto aunque la cifra de los votos que haya obtenido sea superior a la cifra de los votos que le queden a los demás partidos después de efectuado el primer reparto de puestos. El Tribunal de Estado confirmó, por lo tanto, el efecto preclusivo del cociente electoral.

De los considerandos de la sentencia merecen citarse los siguientes:

En la teoría y en la práctica general se entiende por igualdad de derecho electoral que toda persona tiene el mismo derecho electoral independientemente del sexo, la religión, la profesión, la situación de su fortuna, su educación o su situación política, que todo miembro del cuerpo electoral no puede ser excluido de la elección por una de las citadas consideraciones. Aunque en la doctrina se reconoce con frecuencia el principio de la igualdad de efecto de los votos, en la práctica no es exactamente así...

Si se entiende como corolario del principio de la igualdad el principio de la igualdad de efecto de los votos, entonces todos los partidos que se presentan a una elección y han obtenido votos tendrían derecho a entrar en el reparto de los puestos. Esto daría lugar a una dispersión de la representación proporcional que haría imposible la obtención de la

mayoría necesaria para obtener la estabilidad indispensable para un gobierno responsable y conduciría a la ineficacia del sistema democrático. Por lo tanto, los Estados que adoptan el principio de la representación proporcional toman otras medidas para impedir que la igualdad de efecto de los votos conduzca a esa dispersión de fuerzas; por ejemplo, en Alemania, combinando el principio de la representación proporcional con el sistema de mayorías, de forma que en cada distrito además de los diputados obtenidos por mayoría se eligen otros mediante el sistema proporcional de las listas de cada Estado federado. La Ley Fundamental alemana (artículo 38) aplica el primer principio para la elección de todos los órganos legislativos y el segundo para la elección del *Bundestag*...

La Constitución federal austríaca dispone que el sufragio es universal, directo, secreto y personal y se basa en principio de la representación proporcional (en todo caso sin adiciones), que el territorio federal se divide en varios distritos y que los procedimientos detallados para la elección se fijarán por ley federal. La Ley electoral promulgada en virtud de estas disposiciones constitucionales prescribe que un partido, por lo menos en un distrito electoral, debe obtener un mandato principal para tener derecho al reparto de los puestos en el órgano elegido. Sólo puede cumplirse esta condición cuando un partido alcance el cociente electoral en un distrito; este cociente se obtiene en la siguiente forma: los votos emitidos en favor de una lista en un distrito electoral se dividen por el número de diputados que deben elegirse en dicho distrito menos uno (procedimiento de Hagenbach-Bischoff). El cociente electoral es en consecuencia el factor decisivo y sin llegar a calcular este divisor no se puede proceder al reparto. De esta forma, el cociente electoral es un signo objetivo e inherente al sistema de representación proporcional que varía según el número de votos válidos otorgados a un partido y según la participación del cuerpo electoral...

Como ya se ha indicado, evitar la proliferación de partidos es un principio que hay que tener en cuenta al aplicar el sistema de la representación proporcional. El cociente electoral es un medio objetivo y adecuado para poder apreciar la significación o la importancia de los partidos que participan en la elección. En virtud del párrafo 3 del artículo 22 de la Ley de 18 de enero de 1939, el cociente electoral se obtendrá dividiendo los votos válidos otorgados a un partido en un distrito electoral por el número de diputados que le corresponda al distrito más uno. De esta forma están favorecidos los pequeños partidos, pues se redujo así el cociente electoral en Oberland al 10 por ciento y en Unterland al 14,3 por ciento de los sufragios dados al partido, mientras que la división por la cifra exacta de diputados correspondiente a Oberland hubiera dado un cociente electoral de 11,11 por ciento y en Unterland el 16,66 por ciento. Por lo tanto, en el cociente electoral va incluida automáticamente una cláusula de exclusión...

El principio de la igualdad exige que las situaciones iguales tengan el mismo trato y las desiguales uno distinto. Sin embargo, en ciertos casos puede estar justificado un trato desigual. El principio de la igualdad electoral no sólo es aplicable al elector, sino también a los partidos políticos como grupos electorales. Es indiscutible que no existe ningún sistema electoral que no perjudique a determinados partidos, pues es necesario tener en cuenta el principio de que hay que evitar la proliferación de partidos. Ahora bien, es anticonstitucional todo trato desigual que no se base en motivos forzosos o en consideraciones realistas. El

cociente electoral es uno de estos casos, esencial al sistema de representación proporcional, mientras que la institución de una cláusula de exclusión expresada en un tanto por ciento se basa más en causas subjetivas. Además, en virtud del párrafo 1 del artículo 11 de la Ley de 18 de enero de 1938, cerca del 18 por ciento de los ciudadanos con derecho a voto queda eliminado. Una participación electoral del 100 por ciento no se alcanza nunca. Al ser menor la participación en las elecciones aumenta en consecuencia dicho quórum de exclusión de 18 por ciento, por ejemplo si la participación electoral es del 90 por ciento, el quórum aumenta al 20 por ciento, y con una participación de 75 por ciento, se convierte en 24 por ciento. Un aumento de este quórum por encima del fijado mediante el cociente electoral, por ejemplo en Unterland de 14,3 por ciento, que en Liechtenstein es inherente al procedimiento fijado para poner en práctica el principio de la representación proporcional, no está justificado. La Constitución de Liechtenstein no contiene ninguna disposición en virtud de la cual pueda estar justificada la cláusula de exclusión fijada en la Ley electoral en un 18 por ciento del número de votantes. Tampoco puede basarse esta cláusula en los principios y requisitos del sistema de representación proporcional, mientras que el cociente electoral es un elemento esencial de dicho sistema. La cláusula de exclusión de 18 por ciento prevista en el artículo 22 y especialmente su relación con la cifra de los ciudadanos con derecho a voto es contraria al principio de la igualdad reconocido en el artículo 31 de la Constitución y al principio de la igualdad del derecho a voto declarado en el artículo 46 de la Constitución y, por lo tanto, el párrafo 3 del artículo 22 de la Ley de 18 de enero de 1939 fue derogado como anticonstitucional.

INFORME SOBRE EL SEMINARIO CELEBRADO EN BANGALORE DEL 6 AL 8 DE JULIO DE 1962 BAJO LOS AUSPICIOS DE LA COMISIÓN INDIA DE JURISTAS Y DE LA COMISIÓN DE JURISTAS DEL ESTADO DE MYSORE

INDICE

I. Discurso inaugural de M. C. Setalvad, fiscal general de la India	363
II. Discurso presidencial de Nittoor Sreenivasa Rau, presidente del Tribunal Supremo de Mysore	365
III. Informe de la Primera Comisión	367
IV. Informe de la Segunda Comisión	371

En septiembre de 1961 la Comisión de Juristas del Estado de Mysore comunicó a la Comisión India de Juristas su vivo deseo de organizar un Seminario en Bangalore para pasar revista a los progresos realizados por el imperio de la ley en la India durante el último decenio.

La Comisión India de Juristas examinó la propuesta en su asamblea general anual, el 8 de octubre de 1961, y decidió organizar el Seminario en colaboración con la Comisión de Mysore. Decidió también que la reunión tendría por fin estudiar los dos temas siguientes:

- 1) Investigación de las infracciones penales y motivos que demoran el enjuiciamiento del acusado; y*
- 2) la Ley electoral india.*

Los documentos de trabajo sobre cada tema fueron preparados por N. S. Narayana Rao y G. S. Ullal, respectivamente. El Seminario se celebró del 6 al 8 de julio de 1962, en Mysore.

Lo inauguró el 6 de julio M. C. Setalvad, presidente de la Comisión India de Juristas, que era entonces fiscal general de la India; ocupó la presidencia Nittoor Sreenivasa Rau, presidente del Tribunal Supremo de Mysore.

El 7 de julio los participantes se repartieron en dos Comisiones para estudiar los dos temas presentados. Se celebró una sesión plenaria el 8 de julio.

Del Estado de Mysore participaron el magistrado A. R. Somnath Iyer, M. Sadasivayya, K. Sadanda Hegde y G. R. Ethirajulu Naidu, procurador general de Mysore. Concurrieron de otras partes de la India S. K. Das, magistrado del Tribunal Supremo del país; K. V. K. Sundaram, comisario jefe de Elecciones; B. N. Gokhale, magistrado retirado del Alto Tribunal de Bombay; K. Rajah Iyer, Purshottam Trikandas y S. D. Vimadlal.

I

**DISCURSO INAUGURAL DE M. C. SETALVAD,
FISCAL GENERAL DE LA INDIA**

Señor presidente, señoras y señores:

En nombre de todos los presentes, deseo felicitar a la Comisión de Juristas de Mysore por su bella iniciativa y por los esfuerzos desplegados para organizar este Seminario en Bangalore. Puedo hablar en estos términos porque es notorio el interés que la parte meridional del país ha sentido siempre por el derecho y por cuanto con él se relaciona. Ese interés por las cuestiones relativas al imperio de la ley se refleja en el número de las reuniones celebradas en el sur del país para subrayar la importancia de este concepto.

Apenas cabe atribuir excesiva importancia a reuniones análogas a la que vamos a celebrar. No queremos sostener meras disquisiciones académicas o controversias teóricas entre abogados o entre personas que se interesan por el derecho. A mi juicio, la verdadera finalidad de los seminarios de esta índole es congregar en íntima conversación a los que se interesan no sólo por las teorías y las filosofías que presiden nuestros razonamientos, sino también por los aspectos prácticos. Consideremos, por ejemplo, los problemas del derecho penal. Vamos a sostener un debate, no sólo sobre las disposiciones legales y su interpretación, sino también sobre su aplicación por el poder ejecutivo, la policía y demás órganos. Análogamente, al hablar de las elecciones no sólo examinaremos las disposiciones que las regulan, sino también sus aspectos prácticos, quiénes están encargados de organizarlas y quiénes son los candidatos que participan en ellas. Estos debates, en los que se estudian los aspectos teóricos y prácticos de cada problema, dan por resultado la adopción de conclusiones que señalaremos a la atención de las autoridades para facilitar su aceptación. Por lo demás, es un hecho que nuestras deliberaciones se desarrollarán en la intimidad y en ellas no se aceptará en la prensa. Las ventajas de este sistema son patentes. Los funcionarios gubernamentales y los que cuidan de la gestión cotidiana del país podrán participar en ellas, expresar sus opiniones francamente y sin reservas porque en definitiva se resumirán en las Conclusiones del Seminario, no las opiniones de los participantes, sino el acuerdo general o los puntos de vista de la mayoría, la minoría o un número apreciable de los participantes.

El presidente de la Comisión de Juristas del Estado de Mysore ha subrayado la importancia del imperio de la ley, expresión que se ha definido de diversas maneras. En realidad, estos últimos años se entiende este concepto de modo totalmente distinto del significado estrecho enunciado por Dicey. Es difícil dar a la expresión un sentido que se adapte a todos los contextos y a todas las circunstancias. Se ha dicho que "la esencia del imperio de la ley no consiste precisamente en fijar una técnica jurídica determinada, sino en afirmar la supremacía de ciertas convicciones éticas, de normas absolutas de conducta y de un hecho psicológico, a saber que las autoridades comparten esas normas y convicciones con el resto de la colectividad y se consideran obligadas a cumplirlas". En el presente Seminario no nos ocuparemos de este concepto tan amplio del imperio de la ley. Nuestras deliberaciones tendrán por objeto descubrir cómo se puede garantizar la observancia así de la letra como del espíritu de la ley.

Es muy grato observar que, para la celebración de este Seminario, hemos podido obtener el concurso de personalidades tan distinguidas como el presidente del Tribunal Supremo de Mysore, un magistrado del Tribunal Supremo de la nación, varios magistrados del Alto Tribunal y muchos otros que nos acompañan en la tribuna o que forman parte del auditorio.

Los debates versarán sobre dos temas de gran trascendencia. El primero – la investigación de las infracciones penales y motivos que demoran el enjuiciamiento del acusado – es un tema muy extenso con consecuencias para la vida cotidiana del ciudadano; será necesario examinar algunos problemas básicos. En el segundo tema – la Ley electoral india – nos ocuparemos de la eficiencia y la honestidad de los métodos utilizados para dar vida a las asambleas legislativas: la nacional y las regionales. Tenemos la suerte de que personas experimentadas guíen las deliberaciones de las Comisiones sobre estos asuntos.

Una investigación ineficiente de los delitos entrafía demoras que, a su vez, retrasan el enjuiciamiento de los acusados. Si no recuerdo mal, algunos funcionarios de policía declararon a la Comisión de Derecho que se ha registrado un empeoramiento considerable en materia de investigación judicial. Se había dicho que esto obedecía a la falta de personal. Es un hecho que, a pesar del aumento de la población, los efectivos de la policía no han crecido. Por ejemplo, el número de policías ingleses es el doble del de los policías de Uttar Pradesh, a pesar de que el número de habitantes sea mucho menor. Debe tenerse en cuenta otro factor: gracias a la enseñanza sistemática de los métodos modernos y científicos de investigación, se han conseguido grandes progresos en otros países; en cambio, en el nuestro la policía sigue aplicando los métodos antiguos. Además, los jefes superiores no dirigen de cerca las investigaciones. Para que los agentes investigadores puedan actuar eficientemente, es menester darles asistencia jurídica en todas las fases de la investigación. En muchos casos, una investigación defectuosa redundaba en lagunas entre las pruebas recogidas, lagunas que tienen por consecuencia la liberación o el sobreseimiento de la causa por los tribunales. Como ha recomendado la Comisión de Derecho, convendría nombrar a jefes del ministerio público en los distritos y en los subdistritos, para dirigir y vigilar no sólo la formación de causas, sino también, llegado el caso, la investigación de los delitos. Es también insuficiente la colaboración del público con la policía y los tribunales. Mientras la India estuvo sujeta a la Gran Bretaña, se sospechaba de la policía y esta actitud de público sigue en pie, porque gran parte de la policía no ha cambiado sus métodos. Si queremos que colabore, el público ha de tener confianza en la policía. Ha de cambiar también el trato que se da a los testigos en las comisarías de policía y en los tribunales inferiores, si queremos que el pueblo ayude a la investigación de los delitos y al descubrimiento de sus autores.

Nuestra Constitución sólo contiene disposiciones de carácter muy general sobre la elección de las asambleas legislativas. Sin perjuicio de estas disposiciones (artículos 80 y 81, 170 y 171, y 324 a 329), se ha atribuido al Parlamento la potestad de regular el sistema de elección de las asambleas legislativas. En la Ley sobre la Representación del Pueblo, el Parlamento hizo una delegación de facultades a diversas autoridades, de suerte que hoy día la mayor parte de las disposiciones electorales está contenida en los reglamentos.

El derecho a ser regido por órganos elegidos, libres y verdaderamente representativos es prerrogativa propia del ciudadano de una democracia. Si se limita, entorpece o anula este derecho, se socavan las bases fundamentales de la democracia y se destruye el imperio de la ley.

¿Cómo se forman en nuestro país los gobiernos democráticos? Las elecciones prescritas por el poder legislativo suponen gastos cuantiosos. A mi modo de ver, la cantidad autorizada por los reglamentos es fantásticamente excesiva; limitémonos a recordar la pobreza del país y los ingresos medios del ciudadano indio. Además, el máximo prescrito se rebasa siempre por un margen amplísimo con diversos subterfugios de distinta índole, a los que la ley no puede poner coto. En consecuencia, ningún ciudadano puede asumir por cuenta propia la carga financiera de una elección. Si quiere ser elegido, procura que un partido le designe candidato. ¿Cómo lo consigue? El candidato ha de presentar una solicitud y, para probar que reúne las condiciones necesarias, ha de ser examinado por diversos órganos. En apariencia, pocas

personas que se respeten querrán sujetarse a un sistema como el descrito.

En realidad, llevan la asociación los organismos directivos de los partidos. Al hablar del partido que ocupa el poder, nos referimos a los pocos que están en la cima y lo dirigen. En la práctica, esto no es el gobierno de la mayoría, sino el gobierno por la camarilla que domina el partido.

¿Cómo obtienen los partidos sus recursos? Las grandes entidades industriales y las grandes compañías donan a las tesorerías de los partidos millones y millones de rupias. ¿Puede el partido gubernamental, cualquiera que sea, escapar a la influencia de estos donantes que le dan la posibilidad de ganar las elecciones? ¿Acaso no oímos a menudo que éste o aquél tienen influencia en el gobierno para determinadas cuestiones porque han aportado una ayuda importante al partido? Parece que, al respecto, hemos ido mucho más allá de lo autorizado en otros países democráticos. Hemos promulgado leyes que autorizan a las grandes compañías a donar fondos a los partidos políticos.

Todas estas cuestiones tienen una importancia capital para la honestidad de nuestras elecciones y para el carácter representativo de los que nosotros elegimos. Mientras no sepamos elaborar métodos que den a los ciudadanos la posibilidad de presentar candidatos a los cargos representativos de manera fácil y sin gastos indebidos, carecerá de objeto hablar del socialismo y de sus ventajas para el hombre corriente y para el afianzamiento de la democracia.

A mi juicio, hemos de estudiar los temas generales siguientes:

- 1) Métodos de elección que impidan la dominación de un partido por una camarilla y den plena posibilidad de acción al ciudadano.
- 2) Reducción radical de los gastos de las elecciones, así efectivos como encubiertos.
- 3) Prohibición de donaciones por las grandes compañías a los partidos.
- 4) En todo caso, revisión obligatoria de las cuentas y publicación por todos los partidos de todas las donaciones recibidas, con indicación de las fuentes y de todos los gastos incurridos para costear las elecciones.
- 5) Ampliación de las atribuciones de la Comisión Electoral o creación de un tribunal independiente de carácter permanente para investigar los abusos en materia de elecciones, en particular los atribuidos al partido en el poder.

Para terminar, no puedo menos de aludir a los utilísimos documentos de trabajo preparados para facilitar las deliberaciones del Seminario y, en particular, el presentado por el Sr. Ullal. Tengo la seguridad de que las deliberaciones del Seminario que acabo de inaugurar redundarán en fructíferos resultados.

II

DISCURSO PRESIDENCIAL DE NITTOOR SREENIVASA RAU, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO DE MYSORE

Señor fiscal general, señor presidente de la Comisión de Juristas del Estado de Mysore, amigos:

Cuando hace dos meses los organizadores de este Seminario me comunicaron su propósito de celebrarlo, experimenté una satisfacción muy grande pues soy de los que creen que debates de esta índole son indispensables para nuestro país, no sólo para el desarrollo sistemático de la ciencia del derecho,

sino también en beneficio del público en general. Todos ustedes están al corriente de los fines y objetivos de la Comisión Internacional de Juristas, de la gran labor que ha realizado y del concurso prestado por la Comisión India de Juristas. La Comisión del Estado de Mysore despliega también gran actividad desde su creación hace unos tres años y el presente Seminario marca un hito en su desenvolvimiento. Hace alrededor de un mes se celebró aquí un Seminario bajo los auspicios de la Escuela India de Estudios Internacionales para tratar de temas relacionados con el derecho internacional. Fue inaugurado por el fiscal general y, por experiencia personal, puedo asegurarles que se llevó a cabo con acierto insigne la tarea del Seminario; permítanme subrayar cuán fructíferos fueron los debates. Como ustedes saben también, funciona aquí un centro filial del Instituto de Derecho de la India para impulsar el estudio y análisis científico de las cuestiones jurídicas. Tengo la plena seguridad de que el presente Seminario, además de aportar una señalada contribución práctica a la solución de los problemas conexos con los temas debatidos, servirá también para despertar un vivo interés por el examen a fondo de los problemas jurídicos.

He tenido el gusto de leer los dos documentos de trabajo que, puedo afirmar, son el fruto de esfuerzos considerables para la recogida de materiales y de imparcial reflexión sobre los cuestiones planteadas. Servirán de base para nuestras discusiones y no sería apropiado que me anticipara a ellas. Me limitaré a exponer algunas consideraciones de orden general sobre estos dos temas trascendentales. Como saben, uno de ellos se refiere a la Ley electoral y el otro a la investigación de los delitos.

El éxito logrado en nuestro país en la organización y realización de tres elecciones generales, con un número de electores sin precedentes, parece que no sólo ha dado satisfacción general en la India, sino que además ha merecido vivos elogios de juiciosos observadores de otros países. Sin embargo, teniendo en cuenta que la realización de elecciones es el fundamento básico de las estructuras democráticas, el funcionamiento de los mecanismos electorales ha de ser objeto de vigilancia y estudio constantes. La lectura de la Ley sobre la Representación del Pueblo y de los Reglamentos electorales revela que su elaboración fue fruto de madura reflexión; los informes periódicos de la Comisión Electoral y las repetidas orientaciones dadas por los encargados de los mecanismos electorales, al frente de los cuales está el comisario jefe de Elecciones, evidencian su viva atención por la necesidad de mantenerse alerta. De hecho, los informes de la Comisión son una fuente muy valiosa de datos. También hemos de poner de relieve que la Ley y los Reglamentos han sido modificados varias veces para subsanar los defectos observados e introducir los mejoramientos propuestos. Observamos con el mayor agrado que el comisario jefe de Elecciones, con su rica experiencia en estas materias, presidirá la reunión sobre ese tema.

Permítaseme hacer referencia a un aspecto de las elecciones que causa seria preocupación a las personas conscientes, aunque no es fácil resolver totalmente la cuestión por medio de leyes y reglamentos. Aludo al gran cambio de las actitudes humanas y de las posiciones morales que se registra en época electoral. Casi se puede decir que quienes se lanzan a una contienda electoral se consideran obligados a adoptar un código de conducta opuesta a la normal. Ni las antiguas tradiciones de nuestro país ni los valores que son moneda corriente en otras partes aceptan que nadie sea el buhonero que alaba sus agujas. Sin embargo, este modo de obrar se considera aceptable en cualquier aspirante a un cargo de elección. El secreto del éxito reside en la fórmula mágica del mayor número y por esto la necesidad de conseguir apoyo, o sea, obtener votos, ha dado lugar al desarrollo de técnicas que son difícilmente compatibles con la dignidad humana. Por lo general, el sentido de la rivalidad está tan enraizado que guardias armados rodean a los candidatos. Sin duda, los dirigentes supremos pueden mantener la apariencia de las cortesías reci-

procas y otras delicadezas sociales, pero en los grupos de los seguidores la rivalidad degenera en animosidad y vemos con tristeza que se traban luchas entre adversarios electorales. Consecuencia gravísima de este rebajamiento de los valores morales asociado con las elecciones, personas beneméritas se desalientan y no procuran ingresar en los cuerpos electivos. Reconozco que no es fácil proponer una solución y debo añadir que la única solución efectiva que cabe imaginar es el perfeccionamiento gradual de la conducta individual y colectiva. Quizá parezca ésta una opinión sin contacto con la realidad. Pero tenemos ante nosotros el ejemplo de la Gran Bretaña y, hasta cierto punto, el de los Estados Unidos, donde la ética electoral ha experimentado una enorme transformación. En tiempos más remotos, la expresión "campaña electoral" era un eufemismo para aludir a actos inicuos y a corrupciones de toda especie. Hoy día no sólo existe un código moral riguroso, sino que además se cumple. Puede señalarse un hecho: pocos son los candidatos que entablan litigios electorales en los países mencionados, al contrario de la epidemia de demandas que estalla en el nuestro después de toda elección, desde la destinada a constituir los órganos de administración rural hasta la de la asamblea suprema. Observamos también con pena que la atmósfera electoral se ha extendido hasta las instituciones dedicadas a la ciencia, al arte y a la cultura, que tenían tradicionalmente la costumbre de elegir a las juntas directivas por unanimidad después de consultas y conversaciones.

El otro tema es la investigación de los delitos, el enjuiciamiento de los acusados y la necesidad de que la policía custodie al detenido hasta su entrega al juez de instrucción. En este momento en que conmemoramos los centenarios de los tres primeros Altos Tribunales de nuestro país, hemos de recordar con gratitud que estos órganos judiciales, y subsiguientemente las demás instancias de esta categoría, han afirmado y mantenido la noble tradición de proteger la libertad ciudadana. A lo largo de los años se ha ejercido liberalmente la facultad de otorgar la libertad provisional. También a este respecto, no puedo por menos de subrayar que el eficaz funcionamiento de la policía y de los tribunales está estrechamente relacionado con el nivel de la moral colectiva. El sentido del deber y de las responsabilidades cívicas no se ha desarrollado todavía cumplidamente en este país y, en consecuencia, las autoridades investigadoras tropiezan con dificultades para recoger las informaciones necesarias; la comunicación voluntaria de datos es virtualmente desconocida en nuestro país. Este es un triste estado de cosas y esperamos vivamente que se registre un rápido mejoramiento en lo que a la conciencia de las obligaciones y responsabilidades cívicas se refiere.

Por fortuna, el magistrado S. K. Das preside la reunión sobre ese tema. Doy las gracias a los organizadores por haberme brindado la posibilidad de asociarme al Seminario y hago votos, en compañía de todos ustedes, por que sus deliberaciones sean muy fructuosas.

III

INFORME DE LA PRIMERA COMISIÓN SOBRE LA INVESTIGACIÓN DE LAS INFRACCIONES PENALES Y SOBRE LOS MOTIVOS QUE DEMORAN EL ENJUICIAMIENTO DEL ACUSADO

En sus observaciones preliminares, el presidente —el magistrado S. K. Das— propuso que se examinaran los puntos siguientes, además de los tratados en el documento de trabajo.

1. Influencia de los tribunales rurales de justicia sobre la investigación de las infracciones penales y sobre el enjuiciamiento del acusado.

2. Separación total entre los poderes judicial y ejecutivo.
3. Demoras que dilatan el desarrollo de los procesos por delitos contra la seguridad del Estado.
4. Necesidad de modificar las disposiciones del Código Penal sobre la libertad con fianza.
5. Creación de tribunales regionales de justicia con jurisdicción sobre la extensión territorial adecuada.
6. Medios encaminados a obtener el concurso del público para la investigación y el proceso gracias a la creación del ambiente apropiado.

El presidente hizo una exposición detallada de los puntos precedentes. Se explicó luego el plan del documento de trabajo (que se dio por leído).

En la primera parte del documento se señala la necesidad de celebrar un seminario sobre ese tema, en la segunda se hace referencia a las causas que demoran los procesos y en la tercera se describen las soluciones propuestas. Se explica además que la cuestión de los tribunales rurales de justicia no se menciona en el documento porque no existe en toda la India una institución uniforme de esta índole; la separación entre los poderes judicial y ejecutivo, efectiva en muchas partes del país, comprendido Mysore, tampoco es objeto de examen en el documento de trabajo.

Causas que demoran las investigaciones

En cuanto a las causas que demoran la investigación de las infracciones penales, se deploró por acuerdo general lo siguiente:

1. La corrupción o ineficiencia, o ambas a la vez, de algunos funcionarios investigadores.
2. Las presiones de diversas clases ejercidas sobre los funcionarios investigadores.
3. a) La falta de equipo y de recursos;
b) El agobio de trabajo por falta del personal adecuado, y
c) La extensión excesiva de las zonas que forman la jurisdicción de una comisaría de policía.
4. La falta de dirección u orientaciones oportunas y apropiadas para el desarrollo de la investigación.

Causas que demoran el enjuiciamiento

También se estimó, por acuerdo general, que las demoras del enjuiciamiento se han de atribuir principalmente a las siguientes causas:

1. No separación entre el poder judicial y el ejecutivo.
2. Acumulación de causas pendientes en los tribunales de instrucción.
3. Incomparecencia de los testigos por diversos motivos.

Soluciones propuestas

1. Creación de un Departamento del Ministerio Fiscal.

Después de examinar los sistemas aplicados en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América y de tomar en consideración las recomendaciones

de la Comisión de Derecho sobre la materia, la mayoría de los presentes decidió que convendría crear un departamento de esta clase, formado por un director general con jurisdicción sobre todo el Estado, y por directores cuya jurisdicción abarque un distrito. Sobre las atribuciones de estos funcionarios, se expresó la opinión de que el director general del Estado y los directores de distrito sólo deben tener por cometido certificar si se debe o no formar proceso sobre la base de los elementos reunidos por el investigador. Se decidió por mayoría que el Departamento del Ministerio Fiscal debe tener no sólo la función de certificar como antes se ha descrito, sino que además debe encargarse de asesorar, orientar y verificar las investigaciones, como recomienda la Comisión de Derecho. La mayoría no compartió la crítica de que ese sistema quizá dé lugar a colisiones de competencia entre el Ejecutivo del Estado y el Departamento. Se acordó que el director general del Estado y los directores de distrito han de poder recabar la presentación de informes de investigación, previa recepción de una queja o por decisión propia, cuando se enteren de alguna anomalía, y que deben procurar que no se haga un empleo abusivo de las atribuciones conferidas al investigador.

En cuanto a la autoridad de la que debe depender el director general, todos los presentes convinieron en que éste no debe estar bajo la autoridad o depender del Ministerio del Interior ni del inspector general de Policía del Estado. El parecer de que el director general debe depender del procurador general del Estado no fue aceptado empero por la mayoría de las asistentes al Seminario.

En lo que se refiere a las condiciones de servicio del director general, se consideró que, si bien no hay nada que objetar a que el Gobierno del Estado nombre al primer titular del cargo, su ascenso y demás condiciones de servicio deben estar sujetas a la inspección y autoridad del Alto Tribunal de Justicia.

Se decidió por acuerdo general que las funciones del director general del Ministerio Fiscal deben comprender también la potestad de dirigir e inspeccionar a todos los directores de distrito y de darles consejos y orientaciones cuando se les consulte en casos especiales.

Se consideró además que el director de distrito debe haber recibido una formación jurídica, debe tener el rango y la condición de juez adjunto de instrucción en un tribunal de distrito, y debe tener asignados el número de ayudantes necesario para desempeñar sus funciones con eficacia.

Se consideró que, además de ejercer las atribuciones de inspección antes mencionadas, se deben asignar al director del Ministerio Fiscal las principales funciones siguientes:

a) Ser el jefe de los órganos de acusación del distrito y ejercer la autoridad administrativa sobre todos los fiscales que actúen en los tribunales de instrucción y de primera instancia penal del distrito.

b) Recibir prontamente copias de los informes de investigación inicial sobre todas las causas abiertas, así como los diarios sobre la marcha de tales causas.

c) Asesorar al Departamento de Policía sobre los aspectos jurídicos de una causa en cualquier fase del proceso penal, comprendida la investigación.

2. Conclusiones adoptadas en materia de investigaciones.

a) *Diarios de las causas*: Deben enviarse inmediatamente al juez de instrucción copias de los diarios sobre la marcha de las investigaciones.

b) *Equipo y personal*:

i) Cada comisaría de policía del Departamento debe tener la dotación adecuada de oficiales y agentes. En las escuelas de formación de policías, se deben dar enseñanzas sistemáticas no sólo de los

métodos modernos de investigación, sino también de derecho recurriendo a los servicios de funcionarios judiciales experimentados o de abogados en ejercicio. Convendría que en cada comisaría las investigaciones fueran confiadas a un grupo especial liberado de otras obligaciones.

ii) Cada Estado debe estar equipado con medios modernos de comunicación y transporte.

iii) Cada Estado debe bastarse a sí mismo en materia de servicios de laboratorio, medios auxiliares y demás equipo.

iv) Los oficiales y los agentes del Departamento deben percibir una remuneración en consonancia con sus atribuciones y responsabilidades.

v) Debe eliminarse la práctica, seguida en algunas partes del país, de confiar la acusación a funcionarios departamentales y, si procede, habrán de introducirse en la Ley de Enjuiciamiento criminal las modificaciones oportunas.

c) Debe fijarse un plazo para la presentación del atestado de cargos después de la detención del acusado. En caso de demora, el juez de instrucción debe recomendar al Alto Tribunal de Justicia que deje sin efecto la investigación, a menos que condone la demora por motivos que se habrán de consignar por escrito. Quizá convenga introducir modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento criminal sobre ese punto (arts. 167 a 173).

d) Si el investigador viola el procedimiento prescrito por la Ley de Enjuiciamiento criminal, el Reglamento de Policía o cualquier otra disposición, sus actos serán objeto de severa sanción por los tribunales o por el director del Ministerio Fiscal tan pronto como lleguen a su noticia.

3. Recomendaciones encaminadas a evitar la demora del enjuiciamiento del acusado.

a) La acumulación de causas pendientes en los tribunales de instrucción quizá se pueda reducir si se faculta a los órganos de administración de las localidades rurales o de grupos de localidades rurales a sancionar las faltas (que convendrá definir). En los lugares donde no exista este sistema, se habrán de crear órganos de administración rural. Se consideró que el personal de éstos debe prestar servicios según un sistema de rotación para que las aspiraciones partidistas o de sectores no se reflejen en la justicia administrada por los tribunales de jurisdicción rural.

b) En la medida necesaria, convendrá crear tribunales regionales de justicia, cada uno de los cuales tendrá jurisdicción sobre los límites territoriales apropiados. Para los juicios celebrados ante los tribunales de apelación se introducirán también disposiciones análogas al apartado a) del párrafo 3 del artículo 497.

c) Se darán las facilidades apropiadas a los testigos para eliminar la falta de inclinación del público a comparecer ante los tribunales y a deponer sobre lo que conozcan o hayan observado.

d) Se adoptarán las disposiciones necesarias para que las causas puedan ser objeto de examen en cualquier momento.

e) *Procesos por delitos contra la seguridad del Estado* (arts. 107 a 110 de la Ley de Enjuiciamiento criminal): La generalidad de los asistentes estimó inconsiderada la manera en que se demoran estos delitos y la mayoría opinó que estos procesos no deberían ser medios al alcance de la policía para incomodar a ciertas personas. Por unanimidad, se aprobó la propuesta encaminada a fijar un plazo para la terminación de los procesos de esta clase. Hubo también acuerdo sobre la conveniencia de que los procesos sean incoados por jueces de instrucción y tramitados ante los tribunales ordinarios de justicia.

IV

**INFORME DE LA SEGUNDA COMISION SOBRE LA LEY
ELECTORAL INDIA**

El documento de trabajo presentado sirvió de base para los debates, dirigidos por K. V. K. Sundaran, pero la Comisión examinó también otras cuestiones relacionadas con el desarrollo de las elecciones.

La Comisión examinó primero la cuestión de si convendría reducir sustancialmente los límites máximos para los gastos electorales de los candidatos que se prescriben en los reglamentos. Se indicó que en muchos casos las cifras consignadas por los candidatos en los comprobantes son muy inferiores al máximo prescrito, pero esto no quiere decir que los gastos efectivos en que incurrir los principales candidatos, especialmente donde la contienda es enconada, estén por debajo del límite. A juicio de la Comisión, conviene recoger y analizar las informaciones y estadísticas fidedignas sobre los gastos efectivos por los diversos conceptos: transporte, impresión, reuniones, agentes, etc., para que se puedan establecer máximos legales que sean razonables.

Por carecer de esas informaciones, la Comisión no pudo llegar a una conclusión definitiva y decidir si los máximos actuales son demasiado altos y podrían ser reducidos. Se convino en que, por ser el tema de las elecciones libres y honestas de importancia capital para el país, este aspecto concreto, así como otras características del problema, habría de ser objeto de estudio por un comité de la Comisión India de Juristas.

Teniendo en cuenta que muchos consideran que, no obstante las disposiciones en vigor, cierto número de candidatos gasta grandes sumas con motivo de las elecciones, se sugirió que carece de objeto fijar límites máximos y se puede prescindir de este aspecto. Esta sugerencia no mereció el apoyo de la mayoría de los presentes.

Se sugirió además que sólo se podría conseguir una reducción sustancial de los gastos electorales de cada uno de los candidatos, así como de los del Estado, si se sustituyen las actuales elecciones directas por elecciones indirectas. Después de un extenso debate, la Comisión decidió que este sistema no es conveniente y que no está justificado modificar el actual.

En relación con los cuantiosos gastos en que incurrir los partidos políticos durante las elecciones en concepto de propaganda, todo el mundo estuvo de acuerdo en que esta cuestión se ha de tomar en consideración junto con los gastos de los candidatos individuales para examinar si se han o no rebasado los máximos fijados.

A juicio de la mayoría de la Comisión, se debe prohibir a las compañías comerciales que hagan donativos a las tesorerías de los partidos. La Comisión se manifestó también partidaria de someter a verificación externa y a hacer objeto de publicidad las cuentas de los partidos políticos que se refieran a las fuentes de sus ingresos y a sus gastos con motivo de las elecciones.

Se planteó también la cuestión de si, además de lo dicho sobre las grandes compañías, conviene además fijar un límite a la inversión por particulares y empresas de grandes sumas en beneficio de los candidatos. La Comisión consideró conveniente confiar el examen de ese tema al propuesto comité de la Comisión India de Juristas.

La Comisión examinó algunas propuestas encaminadas a reducir o fiscalizar los gastos de los candidatos:

- 1) Por mayoría, se consideró impracticable la sugerencia de utilizar cabinas móviles a fin de poner la urna al alcance del elector.
- 2) Sin embargo, la Comisión convino en que la concesión de servicios postales gratuitos a los candidatos para el envío de su publicidad podría ser útil, aunque no tendría influencia marcada.
- 3) No es tampoco probable que la expedición de tarjetas por las autoridades electorales, en sustitución del actual sistema de las "cédulas de identidad" extendidas por los candidatos, reduzca apreciablemente los gastos de los candidatos. Ahora bien, las tarjetas oficiales harían más fácil acreditar la personalidad y más difícil ponerla en duda.
- 4) Para verificar los gastos, se sugirió que los candidatos y los partidos debieran llevar un registro en el que constaran los automóviles que utilizan y los surtidores de gasolina en los que se aprovisionan de carburante y aceite.

La Comisión declaró que conviene poner coto a la presentación de cuentas que no reflejan adecuadamente los gastos electorales; por ejemplo, mediante la definición y sanción de un nuevo delito en materia electoral. Otra sugerencia (autorizar a la Comisión Electoral a que investigue las acusaciones de gastos excesivos formuladas contra los candidatos derrotados y a que los descalifique en lo sucesivo por corrupción) fue acogida con agrado por algunos miembros de la Comisión, pero se decidió aplazar su examen.

La Comisión examinó la posibilidad de que las autoridades electorales investiguen con prontitud si están justificadas las acusaciones de procedimientos ilegales que se lancen en época electoral, y sancionen a los culpables. Como alternativa, se sugirió que sería útil disponer más tarde de las pruebas de tales procedimientos recogidas inmediatamente después de su comisión. A juicio de la mayoría, este método no es practicable y podría dar lugar a que los funcionarios electorales fueran acusados de parcialidad y a que se abriera la posibilidad de falsificar algunas pruebas.

La Comisión convino en que es excesiva la suma de 2.000 rupias cuyo depósito en concepto de garantía se exige del que entabla una demanda electoral y manifestó que se debería reducir a 1.000 rupias, que era la cantidad prescrita antes de la modificación de 1961. Al mismo tiempo, se podría disponer que el demandante ha de abonar las costas del juicio si se decide que su demanda es banal o injuriosa.

La Comisión examinó varios aspectos de la preparación y publicación de las listas electorales y decidió que son insatisfactorias en algunos lugares. Subrayó la necesidad de que, en el momento de la preparación, ejerzan una vigilancia más extensa y eficaz los funcionarios superiores que dirigen las elecciones. La distribución de ejemplares para su inspección debería ser más fácil y mayor el número de los lugares en que se exhiben. Sin embargo, la Comisión no consideró aceptable una sugerencia encaminada a confiar esta labor a los funcionarios judiciales.

La Comisión examinó la posibilidad de encargar a los órganos de administración rural la preparación de las listas de electores, que serían luego objeto de comprobación por el comisario jefe de Elecciones y por su personal. Por mayoría, la Comisión consideró que, en la fase actual de desarrollo de los órganos de administración rural, esto podía dar lugar a mayores inexactitudes en las listas de las localidades donde se enfrentan varias facciones.

Se examinó la posibilidad de que los comisarios jefes de Elecciones de los Estados pertenezcan a la administración central, sean seleccionados y nombrados por la Comisión Electoral sin intervención de los gobiernos de los Estados, y no reciban una misión subordinada en las secretarías de éstos.

La Comisión convino en que este cambio no es necesario. No se formulan quejas contra los comisarios jefes de Elecciones y, desde el punto de vista práctico y administrativo, conviene que tengan la condición de funcionarios de secretaría.

La Comisión consideró necesario tomar medidas para examinar y resolver con rapidez las demandas electorales, por ejemplo, designando a un mayor número de jueces subordinados que desempeñen temporalmente el cargo de jueces de distrito y designando también a un mayor número de jueces de distrito como miembros de los Tribunales Electorales.

La Comisión observó que las disposiciones en vigor para el cómputo de los votos no siempre se cumplen por los funcionarios encargados del escrutinio y que esto da lugar a quejas. Si se promulgan disposiciones adecuadas para subsanar este defecto, se reducirá el número de las demandas electorales.

REVISTA DE LIBROS

Law in Eastern Europe. Serie de publicaciones editadas por la Oficina de documentación sobre el derecho de la Europa oriental de la universidad de Leyden, bajo la dirección de Z. Szirmai. [A. W. Sythoff, Leyden. Núm. 1 (1958), 83 págs., 9,50 florines; núm. 2 (1958), 132 págs., 15,50 fls.; núm. 3 (1959), 158 págs., 23,75 fls.; núm. 4 (1960), 152 págs., 16,50 fls.; núm. 5 (1961), 384 págs., 36 fls., y núm. 6 (1962), 168 págs., 20 fls.; encuadernados en tela.]

Mientras Iosif Stalin dirigió durante tres decenios los destinos del comunismo internacional y, *a maiori ad minus*, los de la Unión Soviética, los estudios en esa región sobre diversas especialidades culturales y científicas pudieron reducirse a interpretaciones de la voluntad del dictador según se manifestaba en la orientación política general y en la compleja demonología de los cabecillas del Kremlin. Todavía se recuerda la importancia que, con acierto, se atribuía al grupo que formaban en torno al jefe las jerarquías superiores congregadas en la tribuna del mausoleo de Lenin con motivo de revistas y desfiles solemnes. Quizá sea imprudente y prematuro desdeñar esas manifestaciones externas de los caprichos dictatoriales en la actual administración soviética, pero difícilmente podrá haber dudas sobre la necesidad cada vez mayor de analizar más a fondo la evolución seguida por la Unión Soviética desde la muerte de Stalin.

Hace poco tiempo los pintores y los escritores soviéticos se enteraron de que es limitada su libertad de expresión que, según nuestros criterios, sigue estando circunscrita dentro de estrechos moldes. No obstante, el mero hecho de que algunos de sus discutidos productos artísticos hayan recibido publicidad bastante para suscitar críticas oficiales es una novedad de la vida cultural soviética. Por el mismo motivo, otras señales análogas de fermentación manifestadas en los dos años últimos causaron sensación en la comunidad jurídica. Por ejemplo, en lo penal el concepto de la presunción de inocencia no es elemento integrante de las nuevas leyes y prácticas judiciales soviéticas, pero ha sido objeto de extensos debates, así como otros principios asociados corrientemente con el imperio de la ley entendido al modo occidental. Hasta ahora no ha habido en ninguna de estas esferas ningún auto de fe físico o meramente simbólico de los disidentes y, desde luego, está justificado considerar si los artistas y los hombres de ciencia soviéticos seguirán aceptando los bandos dictados por los poderosos para conseguir una revisión "voluntaria" de sus extravíos. El apetito crece cuando se cata el manjar de la libertad y en los años pasados el deseo

ardiente de relacionarse con el mundo exterior ha transformado el telón de acero en filtro de ideas extranjeras y ha aminorado su efectividad como muro de contención. Según parece, se acerca el momento en que el mundo occidental habrá de asumir la responsabilidad inherente no sólo a una evaluación juiciosa de las inquietudes en la órbita soviética, sino también a la formación de posiciones intelectuales independientes, y atractivas que se podrían proponer como base para un debate franco y sincero entre dos regiones cuyo enriquecimiento espiritual recíproco era hasta ahora prácticamente imposible a causa de los tabús políticos.

Las condiciones reinantes en la Unión Soviética quizá brinden a largo plazo la posibilidad de un amplio diálogo para, en pie de virtual igualdad, proceder a un libre intercambio de opiniones: los que ocupan el poder tal vez no vean con agrado esta posibilidad, pero esto quizá quede pronto fuera de su dominio; en la esfera cultural hay además los suelos, tradicionalmente fértiles, de los países de la Europa oriental que se ajustan a las directrices soviéticas en mayor o menor grado de obediencia. En Yugoslavia y Polonia el deseo de expresarse libremente y de efectuar un auténtico intercambio de ideas con el mundo capitalista ha ido mucho más allá que en Checoslovaquia o Rumania, países que sienten deseos análogos que, en su mayor parte, siguen en estado latente. Los intelectuales polacos que residen en su país vienen sosteniendo con sus colegas expatriados en los países occidentales un debate sobre muchos temas cruciales; por primera vez, una discusión de esa índole, mutuamente provechosa, se ha desarrollado en un ambiente ecuánime sin que, por un lado, se lanzaran acusaciones de carácter penal ni, por el otro, se fulminaran recriminaciones violentas. Las perspectivas de la coexistencia cultural en régimen de competencia dependerán en gran medida del acrecentamiento de las oportunidades para un examen desapasionado de las posiciones respectivas; pocos son los que, movidos por dudas pusilánimes sobre la superioridad de la causa de la libertad, preferirían atrincherarse en el aislamiento.

Por supuesto, es indiscutible que con el tiempo las especialidades culturales y científicas más alejadas de los problemas centrales de la actividad política podrán ser cada vez más objeto de una comparación fructífera, al contrario de lo que ocurre con las que siguen siendo consideradas como instrumentos directos del monopolio gubernamental tanto de los asuntos interiores como exteriores. Todas las penetraciones efectuadas hasta ahora en la concepción monolítica de los países sujetos al dominio comunista se refieren al aspecto cuantitativo de la reglamentación estatal y no al cualitativo del régimen totalitario. Se suaviza y afina el terciopelo del guante que cubre el puño de hierro todavía cerrado, pero con el tiempo el apretón quizá se deshaga a causa de la presión cada vez

más fuerte de la fermentación intelectual. Desde luego, sería excesivo atribuir un significado concluyente a los limitados elementos positivos que han surgido hasta ahora de la órbita soviética, pero una evolución a largo plazo en sentido contrario estaría en pugna con todas las leyes básicas del comportamiento humano que para un no marxista siguen siendo el factor determinante del acontecer político.

En contra de los deseos de los que se dedican a los estudios de derecho comparado y desarrollan una actividad positiva en pro de los derechos humanos, los asuntos jurídicos siguen siendo considerados como cuestiones de orden político primario en la lista soviética de temas susceptibles de debate. La legalidad socialista y el imperio de la ley, para decirlo en lenguaje simbólico y sin hacer referencia a cuestiones concretas, siguen estando separados no sólo por la diferencia básica a que dan lugar maneras distintas de evaluar la igualdad jurídica ante la justicia y la independencia auténtica del poder judicial, sino también por el temor que se siente en la órbita soviética ante actividades capitalistas destinadas supuestamente a subvertir la jerarquía de valores humanos y estatales e igualmente por una manera distinta, individual y colectiva, de buscar la felicidad. Por consiguiente, no se han podido examinar problemas jurídicos sin que los defensores de la legalidad socialista argumenten desde posiciones defensivas fundamentalmente políticas contra las "concepciones burguesas" del derecho natural, los "esfuerzos cosmopolitas" encaminados a limitar la soberanía nacional y el "imperialismo jurídico" y mediante el empleo de otras frases que carecen de sentido fuera de su marco dialéctico y que entorpecen por fuerza los estudios comparativos a fondo. Esto es tanto más lamentable cuanto que la teoría y la práctica de la legalidad socialista quizá merecerían una apreciación más elevada que la que les corresponde efectivamente en su calidad auxiliar de las conveniencias políticas. A menos que los dirigentes de la Unión Soviética reconozcan este hecho básico y, en virtud de esa ósmosis eficaz de la que guardan el secreto, a menos que hagan lo propio los gobernantes de todo el bloque, seguirá siendo estrictamente limitado el valor de la aportación efectuada por los juriconsultos comunistas para hallar con sinceridad un terreno común.

A causa de las restricciones políticas que limitan la libre circulación de ideas (la cancelación de las conferencias que el profesor Harold Berman debía dar en Moscú sobre temas de derecho es un caso que es oportuno citar), los estudios objetivos realizados en el mundo occidental sobre los problemas de la legalidad socialista tienen una importancia especial para los estudiosos del derecho comparado en general y del comunista en particular. Una de las aportaciones recientes más logradas en esta esfera es la serie de publicaciones editadas por la Oficina de documentación sobre el derecho de la

Europa oriental, adscrita a la universidad de Leyden, que anima su director, el doctor Z. Szirmai. Desde la aparición del primer número a principios de 1958, han visto la luz seis atractivos volúmenes editados con el primoroso cuidado característico de las artes gráficas de A. W. Sythoff.

La decisión de editar una serie de publicaciones relativas al derecho de la Europa oriental no se tomó por impulso repentino. Al contrario, desde su creación en octubre de 1953, la Oficina de documentación de Leyden se ha transformado gradualmente en un centro de investigaciones con fines diversos, cuyas actividades han beneficiado sobre todo a la comunidad jurídica neerlandesa gracias a las publicaciones aparecidas en la renombrada *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*. Con el deseo de poner la sustanciosa producción de la Oficina al alcance del lector internacional, la editorial decidió publicar también en inglés.

Los lectores de esta *Revista* saben bien que el número de publicaciones jurídicas es más que abundante, y están al corriente de la mortalidad proporcionalmente elevada entre las editadas sin el rigor científico y sin el cuidado debidos. *Law in Eastern Europe* ha podido establecerse sobre bases sólidas precisamente porque estas cualidades se han evidenciado una y otra vez en cada uno de los seis números aparecidos.

El director, doctor Z. Szirmai, ha puesto en práctica cuatro métodos básicos distintos. Ha publicado, primero, en un número artículos sobre diversos asuntos jurídicos relativos a un solo país (núms. 1 y 6). El segundo método consiste en publicar textos inconexos sobre la evolución seguida por países diversos (núm. 2). Luego, varios códigos de la Unión Soviética formaron un solo tema examinado en un fascículo (núms. 3 y 4). Por último, se ha llevado a efecto la idea consistente en editar una compilación comparativa sobre un solo tema examinado desde la perspectiva propia de cada país de la Europa oriental y de China (núm. 5).

Sean cuales fueren las ventajas de cada método (el presente comentarista prefiere el estudio comparativo de una sola rama jurídica como el efectuado en el número 5 sobre el derecho de sucesiones), el director de la serie ha podido obtener a lo largo de cinco años la colaboración de excelentes publicistas y ha logrado formar con los trabajos individuales un conjunto armonioso caracterizado por una investigación meticulosa y por una presentación objetiva.

La elevada calidad de las traducciones de documentos redactados en los idiomas de los países de la Europa oriental, así como la reproducción impecable de las citas en el idioma original, ponen de relieve el cuidado y la maestría con que se han preparado y revisado los textos, las notas y las bibliografías.

No cabe atribuir excesiva trascendencia a las aportaciones de

calidad destinadas a facilitar la comprensión de la teoría y la práctica de la legalidad socialista. La empresa editorial de Leyden versa principalmente sobre los aspectos prácticos del problema y ha realizado en esta esfera una labor preparatoria importante, por ejemplo, la publicación anotada del Código de la Marina Mercante de la Unión Soviética en el núm. 4. La limitación autoimpuesta en materia de teoría jurídica es en sí misma una cualidad; muchas son las revistas especializadas que tratan de esas cuestiones, pero en realidad muy raras son las fuentes que permiten comprender la influencia práctica de la legalidad socialista sobre las vidas y los destinos de los que habitan en la Europa oriental. *Law in Eastern Europe* ha facilitado ya mucho de lo que el profesor R. P. Cleveringa describe como "la ventaja de conocer lo que, nos guste o no, se acepta como derecho positivo en una gran parte del mundo actual." Es de esperar que siga haciéndolo.

V. M. KABES

The Soviet Legal System. Por John N. Hazard y Isaac Shapiro. [Publicado para la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado de la Universidad de Columbia, ciudad de Nueva York, por Oceana Publications Inc., Dobbs Ferry, Nueva York, 1962; 186 + 235 + 174 págs., índice analítico, bibliografías.]

Los juristas occidentales se formaron un concepto del derecho soviético cuando por primera vez se procuró seriamente dar a conocer este sistema jurídico a los hombres de leyes fuera del cerrado mundo soviético. Esto ocurrió a fines de la segunda guerra mundial. La Unión Soviética, la aliada de tiempo de guerra, se convirtió en una potencia mundial cuya esfera de influencia abarcaba grandes extensiones de la Europa oriental y central. Casi siempre frente a obstinada resistencia, se obligó a los países de esta región a aceptar el sistema político, social y jurídico soviético. Creció con rapidez el interés por ese sistema jurídico que anteriormente había sido descuidado y considerado como una tierra de nadie jurídica. Las bibliografías en alemán e inglés cobraron un volumen considerable e iban seguidas a alguna distancia por la editada en francés; la finalidad era ponerse al día de los problemas suscitados por la influencia del sistema jurídico soviético sobre el resto del mundo. La ciencia jurídica soviética de esa época estaba dominada por Andrei Vishinsky, el fiscal general en las grandes depuraciones de Stalin. Sus obras sobre el derecho soviético, junto con otros materiales, fueron traducidas, analizadas y discutidas en el mundo occidental. Este periodo de estudio inicial culminó en una tentativa encaminada a describir en una sola obra, no sólo el sistema jurídico de la Unión Soviética, sino también el de las democracias populares que se basa en el modelo soviético. El resultado fue la publicación en 1959 de la compilación, en dos volúmenes de 2.000 páginas,

titulada *Government, Law, and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe*, bajo la dirección de Vladimir Gsovki y Kazimierz Grzybowski (cfr. la reseña publicada en la *Revista* de la Comisión Internacional de Juristas, vol. II, núm. 2, 1959-1960, págs. 241 a 252).

Ocupa ahora nuestra atención un nuevo libro de los profesores Hazard y Shapiro, ambos de Nueva York, sobre el sistema jurídico soviético que nos presenta un nuevo concepto del derecho soviético. Al revisar esta sobresaliente producción, dedicaremos especial atención al momento histórico en que vio la luz, al criterio básico utilizado y a los métodos empleados para dar una visión global del sistema jurídico soviético contemporáneo.

Es patente en la actualidad que el sistema jurídico soviético está siendo objeto de una transformación de gran alcance. Desde la muerte de Stalin en 1953, se ha producido una evolución que — como hace notar con acierto el profesor alemán Maurach — abre un nuevo periodo de la historia jurídica soviética. Todo el mundo acepta, tanto en Oriente como en Occidente, que la desaparición del inflexible dictador soviético señala la iniciación de una nueva era del derecho soviético. Tres Congresos del Partido Comunista de la Unión Soviética (PCUS) [el 20° en 1956, el 21° en 1959 y el 22° en 1961] impulsaron una actividad legislativa que, hasta el momento en que escribimos, ha producido cuatro nuevos Códigos. Se han prometido otras nuevas leyes, entre ellas una nueva Constitución de la Unión Soviética, que reharán la totalidad del sistema jurídico soviético. Los congresos inspiraron un caudal cada vez mayor de artículos jurídicos en las publicaciones periódicas soviéticas para comentar y examinar estas reformas. Además, aparecieron en la Unión Soviética varios libros con el fin de evaluar los resultados y la marcha de las actuales reformas jurídicas del “periodo de construcción en gran escala del comunismo”, como se designa oficialmente a la etapa presente.

Los estudiantes occidentales del derecho soviético han seguido esta evolución con un interés cada vez mayor. Muchos han sido los trabajos dedicados a los distintos aspectos de la reforma. El *Boletín* de la Comisión Internacional de Juristas se ha ocupado repetidas veces de esta interesantísima evolución (v. los núms. 5, 6, 9, 12, 13 y 14).

Ahora bien, el libro que comentamos es el primer ensayo destinado a dar una visión global de la reforma y a describir el sistema jurídico soviético “tal y como existe al comenzar la séptima década del siglo veinte”. La lectura de este libro nos ofrece un nuevo concepto del derecho soviético captado cuando la reforma está a medio camino.

Coincidimos totalmente con los autores en que, como dicen en el prefacio, el año culminante de su estudio — 1961 — fue muy

apropiado para una empresa de esa índole. Es el año en que se celebró el 22° Congreso del Partido, que marcó las directrices para sentar "las bases materiales y técnicas del comunismo" y para "convertir la dictadura de la clase trabajadora en un Estado de todo el pueblo", en la "nueva fase del desarrollo del Estado socialista". Se distribuyeron las propuestas para una nueva Constitución correspondiente a esta nueva fase y, como hacen observar los autores, "la reforma jurídica iniciada poco después del fallecimiento de Stalin había progresado hasta dar lugar a la revisión de los códigos fundamentales". En resumidas cuentas, las investigaciones y la publicación del libro se efectuaron con feliz oportunidad; en ese momento la reforma había avanzado lo suficiente para revelar sus limitaciones, sus componentes y sus elementos progresistas y retrógrados, sin que, por supuesto, sea posible predecir el resultado de la lucha entablada entre las fuerzas antagónicas que impulsan la reforma. Sin embargo, como se subraya en el libro objeto de examen, el nuevo concepto del derecho soviético difiere considerablemente del precedente, cuya elaboración sólo terminó hace algunos años.

Quizá se pueda definir el *criterio básico* del libro citando una pregunta planteada en la introducción a la primera parte y que, a juicio del presente comentarista, es fundamental para comprender toda la obra. La pregunta se enuncia así: "¿Han abierto los codificadores nuevas vías que liberalicen las normas jurídicas que han regulado hasta ahora la estructura básica del Estado soviético y sus relaciones con sus ciudadanos? ¿Han dado las reformas jurídicas soviéticas nueva dignidad y libertad al ciudadano soviético?" La respuesta es inmediata: "Todavía es temprano para saberlo". Todos los textos escogidos como documentación giran en torno a esta cuestión fundamental.

La primera parte versa sobre los problemas de la legalidad y los derechos humanos. Contiene los textos básicos sobre la campaña encaminada a robustecer la "legalidad socialista". Se examinan en este lugar las teorías jurídicas de Vichinsky (que se condenan), los nuevos experimentos de fiscalización social y "la participación de las masas" en la administración de justicia, de la que son exponentes los tribunales de camaradas y la milicia voluntaria. Se reproducen las disposiciones sobre el orden público en las versiones modificadas según los "Fundamentos de la legislación sobre el sistema judicial" de 1958.

Los principales temas de la primera parte son: los nuevos reglamentos para la protección de los derechos cívicos en el Código penal de la RSFSR de 1961 y la función del fiscal general para la defensa de estos derechos, un examen del procedimiento jurídico que se ha de observar tanto en lo penal como en lo civil, y un estudio del derecho penal en relación con el mantenimiento del orden público.

La segunda parte, que lleva por título "La administración del socialismo soviético", está dedicada a la ingrata tarea de describir en 200 páginas las normas administrativas de la economía soviética que virtualmente está siendo objeto siempre de constante reorganización; es más, en fecha tan reciente como diciembre de 1962 se anunció el último cambio. En esta sección tienen cabida las leyes sobre las tierras y el trabajo, así como las normas sobre los organismos de dirección, planeamiento y explotación. Bajo el epígrafe relativo a los organismos de explotación, se reproducen los documentos concernientes a la gestión de las empresas industriales y comerciales soviéticas. Se dedican distintos capítulos a los contratos entre las empresas socialistas, a las controversias suscitadas por ellas y a su solución por arbitraje del Estado, así como a las cooperativas que son los organismos económicos suplementarios. En el capítulo sobre el "Aliento a la inspiración" se reseña la política soviética contemporánea de protección de las invenciones y del derecho de autor, recogida en los "Principios fundamentales del derecho civil de la Unión Soviética y de las Repúblicas de la Unión" de 1961.

Los textos soviéticos se presentan de modo que dé prominencia al ciudadano soviético: se centra el interés en el trabajador corriente de esta economía centralmente dirigida y se presta especial atención a los vestigios residuales de la empresa privada.

La tercera parte ("Relaciones jurídicas entre los ciudadanos soviéticos") se refiere al sector del derecho que conserva mayor analogía con el primitivo modelo romanista. Según la terminología occidental, alberga los restos del derecho privado en la Unión Soviética. Estos capítulos tratan de los bienes de propiedad personal, los contratos entre ciudadanos, las sucesiones, los daños extracontractuales, los seguros sociales y el derecho de familia.

Así, los textos soviéticos están agrupados en tres partes y veintiún capítulos y sobre esta base se invita al lector a buscar las posibles respuestas a la cuestión fundamental de la obra, es decir, el curso de la reforma soviética. Esto nos lleva examinar el método escogido por los autores para tratar el tema.

Su método es el seguido tradicionalmente en los países del sistema jurídico anglosajón, es decir, elaborar un repertorio de jurisprudencia para exponer los hechos y las opiniones sobre un tema determinado, en vez de extenderse en consideraciones y generalizaciones teóricas. Los autores dan en cada capítulo una breve reseña histórica para presentar el contexto propio de cada problema. La brevedad es requisito que se cumple: ninguna de estas introducciones, redactadas clara y concisamente, tiene más de cuatro páginas. A continuación figura una cuidadosa selección de fuentes: la legislación pertinente, los decretos, los reglamentos e instrucciones del partido comunista, las actas judiciales, las opiniones jurisperu-

denciales y la doctrina sentada por los jurisconsultos soviéticos sobre los aspectos teóricos de la cuestión. Luego, se invita al lector a que se forme su propia opinión. Si desea ampliar sus conocimientos sobre el problema, encontrará al final de cada sección una lista de lecturas especializadas tanto de la bibliografía soviética como de la no soviética. Cabe discutir las ventajas y los inconvenientes de ese método. Puede argumentarse que el mantenimiento de la autoridad monolítica del partido sobre lo referente al orden público no recibe la atención debida en la descripción de la legislación soviética. Ahora bien, un hecho es cierto: éste parece ser el método más apropiado para describir un sistema jurídico objeto de reformas en una sociedad en vías de evolución. Gracias a la limitación autoimpuesta, que atribuye al lector en gran parte evaluar y apreciar los documentos (lo que será muy conveniente para el profesor si este libro se utiliza como manual en las facultades de derecho), se evitan los escollos inherentes a las predicciones precipitadas, se considera el sistema jurídico con un criterio equilibrado y sin prejuicios y se facilita al lector inquieto una guía fidedigna. Una orientación de esta índole jamás será completa, pero puede ser, y lo es en este caso, muy elocuente. No nos excusa del análisis y evaluación detenidos de las instituciones jurídicas que se creen en el curso de la reforma. Tiene deliberadamente por finalidad servir de obra de consulta, como "documentación post-stalinista del derecho soviético", según indica el subtítulo del libro. Como tal, carece de precedentes y será difícil superarlo. Un parte considerable de los textos documentales quedarán rápidamente anticuados al compás de las actividades de los órganos legislativos soviéticos, actualmente en plena marcha. Los autores tienen perfecta conciencia del rápido envejecimiento de los materiales, que es perceptible desde la terminación del manuscrito. Por ello, consideran que su obra servirá meramente de prólogo a la reforma jurídica soviética. Puede añadirse que servirá además de prólogo muy atractivo para estudios más detenidos de esta reforma conforme a la ciencia del derecho comparado. Parece justificado terminar esta revista citando la única predicción que los autores se atreven a formular (prefacio, iii):

Esta colección es también un prólogo, dado que el sistema soviético de orden público parece estar en el umbral de transformaciones de gran alcance. En las páginas siguientes se llama la atención hacia dos corrientes de ideas. Si una de ellas consigue el predominio, quizá se manifiesten actitudes y formas que recordarán cada vez más las actitudes y formas familiares a los estudiosos de ciencias políticas y a los juristas del mundo no soviético. En cambio, si la otra se impone, el sistema quizá se inspire de nuevo en el espíritu dominante en los años iniciales, dedicados al logro de la popularidad y la sencillez. Tal vez se unifiquen los dos y cada uno de ellos rija sectores de las relaciones sociales de maneras enteramente distintas.

JÁNOS TÓTH

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Informe al Consejo Económico y Social sobre los trabajos del decimotavo período de sesiones de la Comisión [Nueva York: Publicación de las Naciones Unidas núm. E/3616, 1962.]

En su decimotavo período de sesiones la Comisión ha reanudado el examen de un problema planteado hace ya dieciséis años: la creación de comités consultivos nacionales de derechos humanos. Ya en su segundo período de sesiones, en 1946, el Consejo Económico y Social, a recomendación del grupo inicial de la Comisión de Derechos Humanos, había invitado en su resolución 9 (II) a los Miembros de las Naciones Unidas "a estudiar la conveniencia de establecer en sus respectivos países grupos de informaciones o comités nacionales de derechos del hombre para que colaboren con ellos en el adelantamiento de la labor de la Comisión de Derechos Humanos".

Sin embargo, sólo fue en el decimosexto período de sesiones, en 1960, cuando la Comisión examinó de nuevo la posibilidad de crear esos comités. Al fin del período de sesiones, la Comisión votó una recomendación que más adelante fue la resolución 772 B (XXX) del Consejo Económico y Social, de 25 de julio de 1960.

En virtud de esta resolución, el Consejo invitó a los gobiernos, para proceder a un intercambio de informaciones y de experiencias sobre las funciones de los comités nacionales de derechos humanos, a comunicar al secretario general todas las informaciones pertinentes de que dispusieran a este respecto, de forma que el secretario general pudiera presentar un informe a la Comisión y a los gobiernos.

Sin embargo, los resultados fueron mediocres y algunos miembros de la Comisión se han quejado abiertamente de ello en el decimotavo período de sesiones.

No obstante, el examen de algunas respuestas recibidas permitió una confrontación interesante de los distintos puntos de vista. Ciertas intervenciones fueron netamente hostiles a la creación de comités nacionales, pretendiendo que otros organismos del Estado, como los tribunales o el Parlamento, estaban mejor preparados para defender los derechos del hombre en el plano nacional que comités puramente consultivos.

Otros oradores se declararon en favor de la constitución de dichos comités por creer que estos organismos tendrían una doble función: de asesoramiento en primer lugar, sometiendo a los órganos gubernamentales competentes opiniones y propuestas sobre cuestiones relativas a los derechos del hombre, y al mismo tiempo una función más general, informando al público sobre estos problemas.

Finalmente, la Comisión decidió recomendar a los gobiernos "el establecimiento de los organismos mencionados en la resolución 772 B (XXX), es decir, los comités nacionales de derechos humanos

del Consejo Económico y Social". Al mismo tiempo, la Comisión especificó la función que estos comités desempeñarían: "Estos organismos podrían, por ejemplo, estudiar las cuestiones relativas a los derechos humanos, examinar la situación existente en el país respectivo, asesorar al gobierno y ayudar a la formación de una opinión pública favorable al respeto de los derechos humanos."

JEAN ZIEGLER

International Protection of Human Rights. Por Manouchehr Ganji, con un prefacio del profesor Paul Guggenheim. [Ginebra: Librairie E. Droz; París: Librairie Minard, 1962, 317 págs.]

La teoría de la intervención humanitaria parte del principio de que los Estados tienen la obligación internacional de garantizar a sus ciudadanos cierto número de derechos fundamentales. La garantía de esos derechos reviste una gran importancia; en primer lugar, es necesaria para permitir a los ciudadanos una vida de libertad y justicia; por otra parte, condiciona el mantenimiento de relaciones amistosas entre los Estados. La teoría de la intervención humanitaria afirma además que la existencia de esta garantía de derechos fundamentales reviste tal importancia que su violación por un Estado determinado no puede ser ignorada por los demás. Así, en el caso de que un Estado se negara a conceder derechos fundamentales a sus ciudadanos o violara la garantía de estos derechos ya acordada, los demás Estados podrían intervenir si el Estado en cuestión hubiere obrado de manera inicua.

El libro del Sr. Ganji, escrito con claridad y precisión, contribuye sustancialmente a aclarar la noción tan debatida de la intervención humanitaria.

En el plano doctrinal, el Sr. Ganji hace suyas en buena parte las opiniones del Sr. Rougier. Para que la intervención esté permitida es preciso que concurren tres elementos. El Sr. Rougier, y ahora el Sr. Ganji, los formulan así:

1. Es preciso que el hecho que motiva la intervención sea un hecho del poder público y no de particulares.
2. El hecho debe constituir una violación de los derechos humanos y no una simple violación del derecho nacional positivo.
3. Es preciso que la intervención reúna ciertas condiciones de oportunidad.

Después de su exposición relativa a los últimos desarrollos de la doctrina de la intervención humanitaria, el Sr. Ganji examina algunos casos concretos. Presenta así interesantes análisis de la acción emprendida por Francia, Inglaterra y Rusia contra las matanzas turcas en Grecia y que culminó en la independencia griega

en 1830, de la intervención de Austria, Francia, Inglaterra, Prusia y Rusia en Siria en 1860, y de la acción de Rusia contra Turquía con motivo de la persecución de los cristianos de Herzegovina y Bulgaria en 1877—1878.

La mayor parte de estas intervenciones de Potencias extranjeras en los asuntos interiores de un Estado que faltaba al respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos estaban motivadas por la persecución de una minoría religiosa. Poco a poco, la conciencia internacional evolucionó y después de la primera guerra mundial la obligación de todos los Estados de garantizar cierto número de derechos fundamentales a sus ciudadanos fue reconocida universalmente. Una serie de tratados internacionales enunció entonces este principio. El Sr. Ganji hace un análisis detallado e imparcial de las medidas adoptadas por la Sociedad de las Naciones en pro de las minorías étnicas y religiosas. Dedicó un extenso capítulo al examen de la Declaración Universal de Derechos Humanos; otro, al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este último capítulo, el autor se ha limitado a analizar el mecanismo del Convenio sin pronunciarse sobre su eficacia o ineficacia.

El mecanismo de protección funciona desde septiembre de 1953. La Comisión Europea de Derechos Humanos ha examinado hasta el 31 de diciembre de 1960 más de 1.000 casos y ha adoptado 715 decisiones (véase el artículo del Sr. Philippe Comte "La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos...", en la *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. IV, núm. 1). Aunque es de lamentar que el Sr. Ganji no haya hecho un análisis más amplio de la jurisprudencia de la Comisión Europea, precisa reconocer sin embargo el gran mérito de su libro, que es presentar un cuadro de conjunto, perspicaz y bien ordenado, de las diversas tentativas realizadas para establecer mediante garantías internacionales la protección eficaz de los derechos fundamentales del individuo.

J. Z.

Staat, Recht und Geschichte. Por Richard Baeumlin. [Zurich: EVZ-Verlag, 1962, 68 págs.]

El análisis del Sr. Baeumlin de las relaciones siempre variables entre las nociones de Estado, Derecho e Historia constituye una excelente introducción al estudio de un problema central de toda la filosofía del Derecho: el contenido moral de la norma jurídica. El autor procede en primer lugar al examen del "Ordo" medieval. En la filosofía escolástica, el hombre y sus obras, es decir, el Estado y el derecho, forman parte de un orden preestablecido, querido e instaurado por Dios.

El Estado y el derecho, como, por otra parte, las demás creaciones del hombre, sólo constituyen, pues, etapas en la vía de la revelación progresiva de este "Ordo".

El racionalismo trastornó radicalmente esta concepción del Estado y del derecho. Para los juristas y los filósofos de los siglos XVI y XVIII, el Estado es una creación *ex nihilo*, una obra del hombre y solamente de él. Alexander Hamilton escribió en *The Federalist*: "¿qué es el gobierno sino el mayor reflejo de la naturaleza humana?", es decir, el Estado, la sociedad creada, estructurada, ordenada por el derecho es una obra de arte, debida al genio propio del hombre. El trastorno que causó la filosofía racionalista adquirió dimensiones históricas. En efecto, la filosofía escolástica que afirmaba la existencia de un "Ordo" de esencia divina y relegaba al Estado y al Derecho a la categoría de revelaciones parciales de este "Ordo" no podía ver en la acción del hombre más que una acción determinada. El hombre al crear el Estado, al promulgar leyes, al elaborar y formular el derecho no obraba en virtud de su libertad, sino que servía de agente a un determinismo histórico que se manifestaba a través de él. La situación es totalmente distinta para la filosofía racionalista. Para ella el acto humano es consecuencia directa del libre ejercicio de la libertad individual. La fuente del derecho reside en la voluntad de los hombres. El Estado es lo que es porque lo ha querido así una multitud.

El Sr. Baeumlin describe la tercera etapa del desarrollo histórico analizando con toda lucidez la época de las codificaciones del Estado de derecho burgués del siglo XIX. Según el autor, la gran fuerza de esta época residía en la idea de "constitucionalismo". Según ella, el derecho evoluciona con las necesidades continuamente variables de la vida social, pero la Constitución, norma fundamental del Estado, no cambia o, en todo caso, evoluciona con extrema prudencia.

En esta idea del "constitucionalismo" el Sr. Baeumlin ve el remedio contra lo que denomina, con un término muy acertado, *Anpassungsrecht*, es decir, el derecho que sigue los cambios sociales sin preocuparse de la importancia del valor moral de la norma jurídica. El Sr. Baeumlin es profesor de derecho público en la universidad de Berna. Para probar su tesis elige sus ejemplos ante todo en el derecho público suizo. Así, analiza la evolución, a su juicio criticable, del referéndum popular en el plano federal. Núcleos de presión se sirven cada vez más de la amenaza del referéndum para influir en los debates y decisiones del Parlamento. El referéndum destinado por la voluntad primitiva del legislador a que el pueblo soberano pueda ejercer un derecho de veto sobre los actos del legislativo se convierte así cada vez más en simple arma de política interna.

Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in ihrer Bedeutung für das deutsche Strafrecht und Strafverfahrensrecht. Por Erhard Appell. [Marburgo: Gg. Nolte, 1961, 132 págs.] Tesis de doctorado en derecho presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la universidad de Marburgo.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos es el primer instrumento internacional que trata de asegurar el reconocimiento internacional de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Mediante la firma y ratificación del Convenio, los Estados adherentes se han comprometido a cumplir las normas que contiene el Convenio y, por lo tanto, han creado un nuevo derecho internacional especial. Esta obligación internacional también comprende indudablemente la obligación de cada Estado Miembro de adaptar su ordenamiento jurídico en la medida que no corresponda a las disposiciones del Convenio. Esta adaptación, naturalmente, llevará cierto tiempo y será estimulada y fomentada tanto por las resoluciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos como por la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Aún más, la jurisprudencia nacional sobre el Convenio demostrará a los legisladores de los distintos Estados Miembros la necesidad de una adaptación. En interés de la protección de los derechos humanos proclamados en el Convenio no puede haber contradicción alguna entre las disposiciones del Convenio Europeo y las del ordenamiento jurídico del Estado; en su caso, habrá que suprimir dichas disposiciones. Para ello es necesario estudiar esta cuestión en esos países a fin de eliminar esta discrepancia entre ambas reglamentaciones legales. La disertación citada tuvo como tema estudiar "la forma en que las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos afectan al derecho penal alemán sustantivo y adjetivo, y en qué medida coinciden y qué conclusiones se deducen cuando determinadas normas penales nacionales no corresponden a las disposiciones del Convenio Europeo".

La elección del tema fue por tanto muy acertada y la exposición comprensiva, clara y fundamentada en múltiples fuentes constituye una contribución valiosa a la discusión actual sobre la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico de los Estados Miembros. (Nos remitimos aquí al artículo de Ph. Comte "La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el orden jurídico interno", publicado en esta *Revista*, vol. IV, núm. 1.)

El Dr. Appell divide su libro en tres partes: la primera describe el Convenio de Derechos Humanos en sus rasgos esenciales, la segunda y tercera se dedican al verdadero estudio del tema, com-

parando las disposiciones del Convenio en primer lugar con el derecho procesal penal y en segundo lugar con el derecho penal sustantivo.

El autor estudia especialmente en qué medida el derecho nacional alemán cumple los requisitos del Convenio de Derechos Humanos en la actuación judicial y de los órganos administrativos. De esta forma se comparan los postulados que contiene el Convenio por lo que respecta al derecho procesal penal con las disposiciones alemanas, y el autor hace una especie de balance para cada cuestión principal: el derecho a ser juzgado, el derecho a defenderse, la publicidad del proceso, etc. Aunque el análisis del Dr. Appell es muy crítico, llega a la conclusión, como era de esperar, de que la situación jurídica en la República Federal de Alemania es muy satisfactoria. Sólo en pequeñas cuestiones de segundo orden, por ejemplo, el nombramiento de abogado de oficio, el internamiento en una institución con fines de trabajo en virtud del artículo 20 del reglamento de asistencia social, entre otras, no corresponden las disposiciones de derecho nacional a los requisitos del Convenio. No cabe estudiar aquí los distintos puntos suscitados ni el problema, también tratado en la tesis, del derecho penal internacional.

RUDOLF TOROVSKY

British Colonial Law: A Comparative Study of the Interaction between English and Local Laws in British Dependencies. Por T. Olawale Elias, Q.C., B.A., LL.M., Ph. D., fiscal general y ministro de Justicia de la Federación de Nigeria. [Stevens and Sons Limited, Londres, 1962; 323 págs., índice analítico, de asuntos y de leyes. Precio: 3 libras esterlinas y media.]

El doctor Elias no necesita ser presentado a los lectores de las publicaciones de la Comisión. Algunos de sus artículos han aparecido en la *Revista* y en 1961 fue el relator de la Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley celebrada en Lagos. Por sus libros, es también una autoridad en diversos aspectos del derecho africano y su renombre como tratadista jurídico crece cada vez más. En 1960 el doctor Elias fue nombrado fiscal general y ministro de Justicia del Gobierno Federal de Nigeria.

British Colonial Law es en lo esencial un estudio sobre la instauración del sistema jurídico inglés en los territorios dependientes de la Gran Bretaña, de Granada a Fiji, y sobre su consiguiente influencia en el derecho local (el autor habla de acción recíproca). Al comienzo de su libro, el autor elimina de nuestra mente cualquier duda sobre si el estudio del "derecho colonial" está

superado. El derecho colonial es precisamente la base para la construcción del orden jurídico de los Estados recién emancipados y, por consiguiente, es aplicado cotidianamente por los tribunales de cada uno de estos países. Por supuesto, con el transcurso del tiempo muchos de los viejos códigos y leyes coloniales serán derogados, modificados o revisados para atender a las necesidades de modernos Estados independientes.

En la parte I del libro se explican el carácter y el alcance de la legislación aplicada en las colonias británicas y se examinan seguidamente la organización del sistema jurídico y la elaboración de leyes en las colonias. Uno de los capítulos versa sobre el poder judicial. En la parte II, el doctor Elias examina, en muchos casos muy extensamente, cuestiones de derecho sustantivo. Dedicó al derecho penal un capítulo sumamente extenso que contiene un análisis del célebre proceso por asesinato, el llamado proceso Kibi, que tuvo lugar después de 1940 en la Costa de Oro, como Ghana se denominaba entonces. En la parte III el doctor Elias trata de varios temas, a saber, el derecho adjetivo, la codificación, la enseñanza del derecho y los trabajos de investigación. Lanza una interesante advertencia para prevenir una codificación excesiva del derecho local, especialmente el relativo al régimen de tierras y a la familia, por considerar que esa codificación puede ser contraproducente y dar lugar, en detrimento de las actividades de los tribunales locales, a "problemas de interpretación de leyes y a técnicas muy sutiles que sólo estarán al alcance de abogados y jueces profesionales formados en el mundo occidental". El doctor Elias subraya con acierto "la necesidad imperiosa de que se archiven y publiquen adecuadamente las actas relativas a las decisiones más importantes sobre el derecho consuetudinario de cada colonia". La ausencia de documentos apropiados acrecienta, claro es, las dificultades inherentes a esa nueva tarea de investigación jurídica.

Probablemente esta obra fue escrita algún tiempo antes de su publicación. Por ejemplo, no se mencionan los trabajos ni el informe de la Comisión Denning sobre la enseñanza del derecho, publicados en enero de 1961. Al examinar la evolución del derecho indígena y del islámico en el norte de Nigeria, no se hace referencia al Código Penal del Norte de Nigeria (promulgado a fines de setiembre de 1960) que revolucionó, entre otras cosas, la aplicación de las disposiciones sobre homicidio en las zonas islámicas de la Nigeria septentrional.

El autor expone magistralmente sus opiniones, y sus comentarios e ideas son siempre constructivos y moderados. Sin duda, sus enormes conocimientos e interés por el tema serán para otros una poderosa inspiración a seguir la vía que ha trazado en esta rama de la ciencia y la investigación jurídicas. Conviene añadir que el

autor ocupa ahora un lugar sin igual para orientar e influir en el curso de la evolución y actividad jurídica del mayor país de Africa.

A. A. DE C. HUNTER

PUBLICACIONES RECIENTES DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS

Revista de la Comisión Internacional de Juristas

Volumen IV, núm. 1 (primavera, 1962): El ordenamiento político y social contemporáneo, de Fritz Gygi. La profesión de abogado en la China comunista, de Shao-Chuan Leng. La institución del "ombudsman" en Nueva Zelandia, de A.G. Davis. La libertad de salida de un país, de Rudolf Torovsky. La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el orden jurídico interno, de Philippe Comte. El poder judicial en la zona de ocupación soviética de Alemania, de Walther Rosenthal. Notas: La institución del "ombudsman" y su posible adopción en Gran Bretaña, de A.A. de C. Hunter. Contiene también un documento sobre el Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Revista de libros.

Boletín de la Comisión Internacional de Juristas

Número 15 (abril, 1963): Este número trata de diversos aspectos del imperio de la ley y del desenvolvimiento jurídico en Alemania, Paraguay, Nicaragua, Argentina, Perú, Birmania, Bulgaria, Ceilán, Francia, Hungría, Polonia y Portugal.

Gacetilla de la Comisión Internacional de Juristas

Número 14 (abril, 1963): *Resolución de Río*; Conclusiones, trabajos y lista de participantes, Congreso Internacional de Juristas sobre el tema "La Acción del Poder Ejecutivo y el Imperio de la Ley", Río de Janeiro, Brasil; notas de organización.

ESTUDIOS ESPECIALES

El Imperio de la Ley en las Sociedades Libres (julio, 1960): Informe sobre el Congreso Internacional de Juristas celebrado en Nueva Delhi, 1959.

Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley (junio, 1961): Informe acerca de la primera Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley celebrada en Lagos, Nigeria, en enero de 1961.

La Muralla de Berlín: Atentado contra los derechos humanos (marzo, 1962): Este informe consta de cuatro partes: El pueblo vota con los pies, Medidas para impedir la huida desde la República Democrática Alemana, La evolución constitucional del Gran Berlín, El aislamiento del Berlín oriental. Para redactar este informe se han utilizado profusamente fuentes de la República Democrática Alemana y del Berlín oriental: leyes, órdenes, reglamentos, decisiones judiciales publicadas y extractos de prensa.

South African Incident: The Ganyile Case (junio, 1962): Informe sobre otro desgraciado episodio en la historia de los métodos arbitrarios empleados por el Gobierno sudafricano. Al publicar este informe, la Comisión quiere recordar a sus lectores la necesidad de una vigilancia constante para la defensa y afirmación de los derechos humanos.

El Imperio de la Ley en Cuba (noviembre, 1962): Documentación completa sobre la actual legislación constitucional y el derecho penal, así como información antecedente sobre importantes sucesos en la historia de Cuba, la tierra, la economía y la población: la cuarta parte incluye declaraciones de testigos.

El Imperio de la Ley en España (diciembre, 1962): Contiene capítulos sobre los fundamentos ideológicos e históricos del régimen, el sistema de partido único, la comunidad nacionalsindicalista, el poder legislativo, las atribuciones del ejecutivo, el poder judicial y el Colegio de Abogados, la defensa del régimen, la represión de los delitos políticos y apéndices.

Los autores de los artículos firmados exponen opiniones personales. La Comisión los publica por considerarlos de interés general, pero sin indicar con ello que los suscriba en su integridad. Salvo indicación en contra, los artículos sin firma han sido redactados por el personal de la Comisión.

Se examinarán con vistas a su publicación artículos que versen sobre el imperio de la ley en diversos países y en sus distintos aspectos. Las colaboraciones deben dirigirse - mecanografiadas y por duplicado - al secretario general, sede de la Comisión, Ginebra.

Esta publicación aparece dos veces al año en español, alemán, francés e inglés.

Distribución:

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS
2, QUAI DU CHEVAL-BLANC, GINEBRA, SUIZA

La *Revista* se distribuye gratis a los miembros de las secciones nacionales e instituciones afiliadas a la Comisión

PRECIO:

4,50 fr. suizos

1 dólar de EE.UU.

7/6 chelines

IMPRENTA TRIO S.A. LA HAYA. PAISES BAJOS