

# REVISTA

DE LA

## COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

VERANO 1966

VOLUMEN VII, NÚM. 1

---

JEAN PICTET LA XXª CONFERENCIA INTERNACIONAL DE  
LA CRUZ ROJA: RESULTADOS EN EL TERR-  
ENO JURIDICO

PAULINE B. TAYLOR DOS ASPECTOS DE LA INVESTIGACION PRE-  
Y MICHAEL CSIZMAS LIMINAR EN LA EUROPA ORIENTAL

THOMAS BUERGENTHAL NUEVO EXAMEN DE LA APLICACION DEL  
CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HU-  
MANOS EN EL ORDEN JURIDICO INTERNO

EDOUARD ZELLWEGER EL TRIBUNAL FEDERAL SUIZO EN CALIDAD  
DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LUCIAN G. WEERAMANTRY REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA BASADA  
EN EL IMPERIO DEL DERECHO

---

### JUNTA ASESORA DE LA REVISTA

ROBERT R. BOWIE, profesor de Asuntos Internaciona-  
les y ex catedrático de Derecho en la Uni-  
versidad de Harvard;

GEORGES BURDEAU, profesor de Derecho en la Uni-  
versidad y en el Instituto de Estudios Políticos  
de París;

ZELMAN COWEN, profesor de Derecho público y  
decano de la Facultad de Derecho de la Uni-  
versidad 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, ex procurador general de la Na-  
ción argentina y profesor en la Universidad  
de Buenos Aires;

KENZO TAKAYANAGI, profesor de Derecho en la Uni-  
versidad de Tokio y presidente de la Comisión  
examinadora de la Constitución, y

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

---

### COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS - GINEBRA

PRECIO:

6.75 fr. suizos

US \$ 1.50

£ 0.10.9

**La Comisión Internacional de Juristas es una organización no gubernamental, reconocida como entidad consultiva de las Naciones Unidas y de la UNESCO. La Comisión promueve el conocimiento y la observancia del imperio del derecho. Está integrada por:**

JOSEPH T. THORSON (Presidente honorario)	Ex 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 del Parlamento italiano; profesor de derecho en la Universidad de Padua
DUDLEY B. BONSAI	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, Estados Unidos; ex consejero general de la Alta Comisaría de los Estados Unidos en Alemania
MANUEL G. ESCOBEDO	Profesor de derecho en la Universidad de México; abogado; ex presidente de la Barra Mexicana
PER T. FEDERSPIEL	Abogado, Copenhague; diputado del Parlamento danés; ex presidente de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa
T. 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	Presidente 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
RENÉ MAYER	Ex ministro de Justicia, ex primer ministro de 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 Zelanda ante las Naciones Unidas y los Estados Unidos
LUIS NEGRÓN FERNÁNDEZ	Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico
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
MOHAMED AHMED ABU RANNAT	Ex presidente del Tribunal Supremo del Sudán
LORD SHAWCROSS	Ex fiscal general de Inglaterra
SEBASTIÁN SOLER	Abogado; profesor de derecho; ex procurador general de la Nación argentina
EDWARD ST. JOHN	Abogado, Sydney, Australia; miembro del Consejo de la Asociación de Abogados de Nueva Gales del Sur
KENZO TAKAYANAGI	Presidente de la Comisión Ministerial examinadora de la Constitución; profesor emérito de la Universidad de Tokio; miembro del Consejo Legislativo del Japón
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
TERJE WOLD	Presidente del Tribunal Supremo de Noruega

Secretario general: SEAN MACBRIDE  
Ex ministro de Relaciones Exteriores de Irlanda

Secretario ejecutivo: VLADIMIR M. KABES  
Doctor en Derecho

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS.  
2 QUAI DU CHEVAL-BLANC.  
GINEBRA, SUIZA

# REVISTA

DE LA  
COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

*Director:* SEÁN MACBRIDE

VERANO 1966

VOLUMEN VII, NÚM. 1

---

JEAN PICTET	LA XXa CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: RESULTADOS EN EL TERRENO JURIDICO	3
PAULINE B. TAYLOR Y MICHAEL CSIZMAS	DOS ASPECTOS DE LA INVESTIGACION PRELIMINAR EN LA EUROPA ORIENTAL	21
THOMAS BUERGENTHAL	NUEVO EXAMEN DE LA APLICACION DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURIDICO INTERNO	64
EDOUARD ZELLWEGER	EL TRIBUNAL FEDERAL SUIZO EN CALIDAD DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	112
LUCIAN G. WEERAMANTRY	REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA BASADA EN EL IMPERIO DEL DERECHO	149

# LA XX<sup>a</sup> CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: RESULTADOS EN EL TERRENO JURÍDICO

por

JEAN PICTET \*

## Nota del Editor

Los principios básicos que fundamentan la protección de los derechos humanos han sido ya incorporados a diversos convenios y declaraciones internacionales, entre los que se cuentan la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los proyectos de Convenciones de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, la Convención sobre Genocidio, las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo y la Convención Europea de Derechos Humanos. Entre estos convenios existen algunos que, si bien universalmente reconocidos, son raramente asociados en la opinión pública con el naciente derecho internacional sobre derechos humanos, siendo este especialmente el caso de los Convenios de Ginebra de la Cruz Roja.

Los antecedentes del Convenio de la Haya de 1907 y del Convenio de Ginebra de 1949 parten de 1864, año en que, por iniciativa del recién creado Comité Internacional de la Cruz Roja, se adoptó en Ginebra el primer "Convenio de Ginebra". Este tratado internacional, primero en su género, sentó los principios generales básicos para la protección de los combatientes heridos y enfermos, principios que hasta el día de hoy siguen en plena vigencia y son universalmente reconocidos. Esto impulsó el movimiento de la Cruz Roja a través del mundo. Posteriormente, la Conferencia de 1868 intentó, si bien infructuosamente, extender estas reglas a los conflictos marítimos. Por recomendación de la Primera Conferencia de la Paz en la Haya en 1899 se consideraron otras modificaciones. En 1906, la Conferencia Diplomática de la Cruz Roja preparó un texto revisado que daba nueva forma, ampliándolo considerablemente, al Convenio de 1864. En 1907, el Convenio de La Haya adaptó los principios del Convenio de Ginebra a los conflictos marítimos. Después de la Primera Guerra Mundial, la Conferencia Diplomática de 1929 reconsideró las disposiciones del Convenio de Ginebra a la luz de la experiencia adquirida en el pasado conflicto y adoptó un Convenio sobre el trato a los prisioneros de guerra. La experiencia de la Segunda Guerra

---

\* Director en el Comité Internacional de la Cruz Roja; Ginebra, Suiza

Mundial hizo necesaria una nueva revisión, que se llevó a cabo en 1949 y resultó en los actuales Convenios de Ginebra de 1949.

El Convenio de La Haya de 1907 contenía ya disposiciones instando al respeto de la vida individual y excluyendo el castigo por actos de tercero. Los Convenios de Ginebra de 1949 contienen disposiciones referentes al trato humano a los prisioneros, que no habrán de ser objeto de tratamiento alguno que pueda ocasionarles heridas o la muerte. Quedan prohibidos la captura de rehenes y los actos de represalias.

El Primer Convenio se refiere al cuidado de los combatientes indefensos, heridos y enfermos; el Segundo Convenio extiende las disposiciones del Primero a los conflictos marítimos; el Tercer Convenio, relativo a los prisioneros de guerra, condiciona todo lo referente a éstos a una reglamentación humanitaria, acorde con el derecho internacional. El Cuarto Convenio completa los Artículos II y III del Cuarto Convenio de La Haya de 1907 sobre Leyes y Usos en los conflictos terrestres en lo que se refiere a la población civil. Estos Convenios han sido ratificados por 109 países desde diciembre de 1965.

Desde 1949, la Cruz Roja ha concedido atención creciente a la protección de la población civil en tiempos de guerra, de guerra civil y de conflictos internos, de que se trata en el Artículo 3 de cada uno de los Convenios de 1949. Esta tendencia se refleja claramente en las actividades de la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en octubre de 1965, actividades analizadas a continuación por un eminente especialista, director del Comité Internacional de la Cruz Roja. Con la publicación de este artículo, la Comisión Internacional de Juristas desea contribuir a la mayor comprensión de estos problemas, que no sólo preocupan al jurista, sino a todo miembro de la sociedad internacional.

En su *Boletín* 21, de diciembre de 1964, la Comisión Internacional de Juristas hizo hincapié sobre el alarmante hecho de que en los numerosos conflictos armados que han estallado en diferentes partes del mundo, se han dejado de reconocer y de respetar los derechos fundamentales de las personas detenidas o capturadas por las fuerzas contendientes. Son desgraciadamente demasiado frecuentes los casos de matanza o trato inhumano de prisioneros o personas civiles - incluyendo la captura y ejecución de rehenes. La Comisión cree que los principios humanitarios enunciados por la Cruz Roja obligan a todas las naciones y grupos beligerantes y deberían ser aplicados a todas las personas que estén bajo su tutela. Con este fin preciso, se ha sugerido que, toda vez que surjan un conflicto interno o disturbios en cualquier parte del mundo, el Secretario General de las Naciones Unidas u otra autoridad de este organismo habrá de recordar específica e inequívocamente a las partes beligerantes las disposiciones del "derecho de las naciones" elaboradas por los Convenios de Ginebra, así como los preceptos de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En los casos en que los beligerantes reciban el apoyo activo de otros Estados, se ha de instar a estos últimos a orientar todos sus esfuerzos con vistas a asegurar la aplicación adecuada de dichos principios humanitarios básicos. Se les ha de hacer notar igualmente que, según el Artículo 1 de los Convenios de Ginebra, no sólo están obligados a respetar dichos Convenios sino que han de asegurar su observancia en todas circunstancias. Sería de importancia trascendental que esta maquinaria pudiese entrar en acción automáticamente toda vez que se prevea un conflicto interno.

En el artículo que reproducimos a continuación el director del Comité Internacional de la Cruz Roja, Sr. Jean Pictet, trae a colación problemas de importancia vital para la humanidad. Es nuestra esperanza que tanto los gobiernos como los juristas de todo el mundo reaccionarán positivamente a los perentorios y bien fundados argumentos que desarrolla este trabajo.

### 1. ¿Qué es, en realidad, la Conferencia Internacional de la Cruz Roja?

Con arreglo a sus estatutos, la Conferencia es "la más alta autoridad deliberante" de esta amplia Asociación mundial denominada la Cruz Roja Internacional. Esta agrupa a los delegados de todas las Sociedades nacionales reconocidas, como asimismo a los de las dos instituciones internacionales, a saber: el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) – órgano fundador y llamado a actuar de intermediario en tiempo de guerra – y la Liga de las Sociedades de la Cruz Roja – la federación integrada por estas últimas. A las susodichas representaciones vienen a agregarse – y esto constituye un hecho significativo que conviene recalcar – los representantes de los Estados formando parte de los Convenios de Ginebra – es decir, prácticamente, todos los Estados – los cuales tienen asimismo derecho de voto. La Conferencia Internacional se reúne cada cuatro años, salvo impedimento. Así resulta, que no llegó a celebrarse reunión alguna entre 1938 y 1948. Cada delegación dispone de un voto.

¿Cuales son las atribuciones de la Conferencia? Sus resoluciones únicamente son de obligatoria observancia para los órganos de la Cruz Roja en lo que afecta a las cuestiones de su exclusiva competencia, o sea: la interpretación y la revisión de los Estatutos de la Cruz Roja Internacional, las diferencias entre Miembros y las propuestas concernientes a los Convenios de Ginebra. Le incumbe asimismo asegurar "la unidad de los esfuerzos" de la Cruz Roja. Está facultada para otorgar mandatos al CICR y a la Liga, pero carece de atribuciones para modificar los estatutos de dichas entidades. En cualesquiera otras materias, su autoridad es puramente moral: sólo puede emitir votos. Estas normas se hallan en todo conformes con el espíritu de la Cruz Roja Internacional, cuyo rasgo característico esencial es la independencia de los distintos elementos que la integran.

Los Gobiernos que participan en la Conferencia, ¿quedan jurídicamente obligados por las decisiones de la misma? Desde luego, que no. Para ello se requeriría que la Conferencia tuviera un carácter diplomático o que poseyera la calidad de órgano intergubernamental oficial. Pero sus resoluciones conservan todo su valor en el plano moral.

En realidad, no se debe exagerar el alcance que reviste la pre-

sencia de los Gobiernos en la Conferencia Internacional. En ocasiones adoptan, de hecho o de derecho, la actitud propia de meros observadores. Pero salen de esta reserva en cuanto se trata de un asunto que indirectamente presente un aspecto político de interés, como acaeció en 1957, cuando el CICR presentó un proyecto de reglas para la protección de las poblaciones civiles contra los riesgos de la guerra indiscriminada. Los delegados de los Estados hacen valer en tales casos todo el peso de su influencia, con ánimo de imponer sus puntos de vista.

¿Quiere esto decir que la Cruz Roja debiera renunciar a la participación de los Gobiernos en sus conferencias? No, por cierto. Porque las ventajas inherentes a la presencia de los mismos superan, a pesar de todo, a los inconvenientes, hasta tal punto la acción de la Cruz Roja se halla íntimamente ligada a los poderes públicos.

## 2. La reunión de Viena.

La XXa Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebró sus sesiones del 2 al 6 de octubre de 1965 en los suntuosos locales de la *Hofburg* de Viena. Organizada por la Cruz Roja austriaca con el concurso del personal de las instituciones internacionales de la Cruz Roja, la Conferencia fue presidida por el Sr. Hans von Lauda, Presidente de la Sociedad nacional. La Conferencia agrupó a los 580 representantes de 92 Sociedades nacionales y de 84 Gobiernos.

Por su parte, el CICR había preparado una documentación de base que no comprendía menos de 24 informes encuadrados en rústica, algunos de los cuales eran muy extensos.

No habiendo celebrado sesión alguna desde hacía dieciocho meses, esta reunión de la Conferencia revestía particular importancia. Los resultados obtenidos no han defraudado las esperanzas que había suscitado. Constituyó una demostración de la unidad y la universalidad de la Cruz Roja. En efecto, no se tardó en llegar a una inteligencia sobre los numerosos puntos del orden del día y el espíritu de concordia que prevaleció en las discusiones permitió que los acuerdos fuesen adoptados casi por unanimidad.

Se había temido que, a semejanza de lo acaecido en las anteriores reuniones de 1952 y 1957, se produjeran incidentes con respecto a la representación de determinados países. Afortunadamente, quedaron reducidos a su mínima expresión. La Cruz Roja, institución eminentemente filantrópica, no tiene derecho a perder el tiempo, y por consiguiente su dinero, en discusiones sobre cuestiones políticas o diplomáticas que le son completamente ajenas. De lo contrario, ¿qué pensarían las víctimas que se encuentran en espera de su asistencia?

La Cruz Roja no tiene porqué pronunciarse sobre la legitimidad de los Estados o Gobiernos. En virtud de los principios de neutrali-

dad y de universidad, y ante el interés superior de las personas que han de ser socorridas, todo Gobierno que de hecho ejerza su autoridad sobre un territorio es, de derecho, miembro de la Conferencia.

### 3. Los principios de la Cruz Roja.

La XXa Conferencia Internacional de la Cruz Roja adoptó definitivamente la Carta Fundamental de los principios que rigen sus actividades. He aquí los términos de la misma:

*Humanidad* – La Cruz Roja, a la que ha dado nacimiento la preocupación de prestar auxilio, sin discriminación, a todos los heridos en los campos de batalla, se esfuerza, bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos.

*Imparcialidad* – La Cruz Roja no hace ninguna distinción de nacionalidad, raza, religión, condición social o credo político. Se dedica únicamente a socorrer a los individuos en proporción con los sufrimientos, remediando sus necesidades y dando prioridad a las más urgentes.

*Neutralidad* – Con el fin de conservar la confianza de todos, se abstiene de tomar parte en las hostilidades y, en todo tiempo, en las controversias de orden político, racial, religioso o filosófico.

*Independencia* – La Cruz Roja es independiente. Auxiliares de los poderes públicos en sus actividades humanitarias y sometidas a las leyes que rigen los países respectivos, las Sociedades nacionales deben, sin embargo, conservar una autonomía que les permita actuar siempre de acuerdo con los principios de la Cruz Roja.

*Carácter voluntario* – La Cruz Roja es una institución de socorro voluntaria y desinteresada.

*Unidad* – En cada país sólo puede existir una sola Sociedad de la Cruz Roja. Debe ser accesible a todos y extender su acción humanitaria a la totalidad del territorio.

*Universalidad* – La Cruz Roja es una institución universal, en cuyo seno todas las Sociedades tienen los mismos derechos y el deber de ayudarse mutuamente.



A este respecto cabe preguntarse: ¿Porqué ha esperado la Cruz Roja todo un siglo para proclamar sus principios morales básicos y como ha podido realizarlo en una época en que las ideologías se entrechocan fragorosamente y pretenden arrastrarlo todo en su órbita?

El motivo radica en el hecho de que en otros tiempos los hombres, que sin duda alguna no eran mejores que los de nuestros días, tenían un concepto más claro del bien y del mal, o al menos de lo que ellos consideraban como tal. Por lo tanto, ciertas normas se imponían por sí mismas a la conciencia, sin que se llegara siquiera a admitir su discusión, ni se estimara necesario definir las. Además, la tradición tenía en ocasiones mayor autoridad que la ley escrita.

Las convulsiones originadas por la primera guerra mundial iniciaron una nueva era en la historia de las relaciones humanas. Esta época, en la cual vivimos todavía actualmente, fue marcada, desde sus comienzos, por una verdadera inversión de valores y una confusión de ideas sumamente penetrante. Ha sido entonces cuando los pueblos comenzaron a emplear lenguajes distintos y a no conceder la misma significación a las palabras. Para la Cruz Roja era tanto más indispensable poseer una base doctrinal sólida y precisa. En lo sucesivo, había de saber claramente lo que era, adonde iba y en qué creía.

Era preciso instaurar una doctrina a la cual pudieran adherirse sin reserva los hombres de todos los horizontes, idealistas o realistas, creyentes o no creyentes. Para conseguirlo, había que expresarse en un lenguaje universal, se imponía romper con la mentalidad conformista, con todo género de ideas preconcebidas, con la sensiblería y con la fraseología caduca que se perpetúa porque el hombre se encuentra cautivado por el pequeño mundo en el que se agita y dentro del cual quisiera ver encuadrado todo el universo.

La declaración de Viena es el fruto del pensamiento moderno que aconseja al investigador desconfiar de sí mismo y de la civilización a que pertenece, al efecto de proponer soluciones comunes que resulten valederas para una mayoría lo más crecida posible por hallarse conformes con la naturaleza humana, y no fórmulas incoherentes que carecen de todo significado en países y climas distintos.

#### **4. Los Convenios de Ginebra**

Es este un punto que tradicionalmente no deja de figurar en el orden del día de las Conferencias internacionales de la Cruz Roja.

Desde su origen, el CICR es el promotor de esos Convenios y trabaja sin descanso en su desenvolvimiento y su difusión. En consecuencia, ha sido el principal autor de la revisión efectuada en 1949. Este monumento jurídico, que comprende más de 400 artículos,

constituye la codificación más reciente y la más completa de las normas protectoras de la persona humana en caso de conflicto armado. Los Convenios de Ginebra son la expresión concreta del propio ideal de la Cruz Roja y constituyen para ella un magnífico instrumento de trabajo; contribuyen asimismo a difundir el espíritu de ayuda mutua y de paz entre los pueblos.

Casi todos los Estados del mundo – o sea, exactamente 109, lo que implica una universalidad rara vez alcanzada en derecho internacional – han ratificado en esta fechas las referidas cartas fundamentales de la humanidad. El CICR ha redactado también los comentarios detallados de las mismas. Actualmente procura encauzar sus principales esfuerzos hacia su divulgación. Porque los Convenios de Ginebra pueden salvar millares, e incluso millones de vidas, pero únicamente las salvarán si son conocidos. Se comprende pues la importancia primordial de los intereses que están en juego.

Al firmar esos tratados, los Estados se han obligado formalmente a difundir el texto de los mismos. Pero no se puede menos de reconocer que, hasta ahora, han hecho bien poca cosa en este terreno. En vista de ello, el CICR les incita a seguir ese camino, al par que les aporta su ayuda, en particular mediante la creación de publicaciones adecuadas.

La XXa Conferencia ha hecho un llamamiento a los Estados rogándoles que intensifiquen sus esfuerzos encaminados a la puesta en práctica y la difusión de los Convenios.

En este terreno, hay un punto determinado que no quisiera dejar de subrayar: es la necesidad de asegurar la aplicación de los Convenios de Ginebra por parte de las fuerzas militares puestas a la disposición de las Naciones Unidas. Porque cabe suponer que en lo futuro la colaboración de las Naciones Unidas para el mantenimiento o el restablecimiento de la paz habrá de ser más y más solicitada y que sus tropas podrán verse, por lo tanto, frecuentemente obligadas a intervenir. Pero resulta que la Organización de las Naciones Unidas, como tal, no es parte en los Convenios de Ginebra.

Ya en 1956, con ocasión del conflicto de Suez, el CICR había participado sus preocupaciones al Sr. Hammarskjöld y obtuvo entonces promesas apaciguadoras. Pero en 1960, cuando las Naciones Unidas intervinieron en el Congo, hubo de comprobarse que sus fuerzas carecían de instrucciones suficientes a los fines expuestos. En vista de ello, el CICR volvió a la carga. Se le contestó que la ONU entendía respetar los “principios” de los Convenios de Ginebra, que una mención explícita en este sentido había sido introducida en el reglamento de servicio y que, en lo sucesivo, las tropas recibirían una instrucción adecuada.

Después de finalizado el conflicto del Congo, el CICR reanudó el examen de conjunto de la cuestión con el Sr. Thant, Secretario General de las Naciones Unidas. Se trataba de saber como se lograría

asegurar la observancia de los Convenios en toda su integridad, y no solamente en cuanto a sus principios, y asimismo como serían reprimidas las infracciones a dichos convenios. ¿No sería posible que la Organización de las Naciones Unidas se adhiriese en concepto de tal a los Convenios, o que al menos la Asamblea General de la misma formulase una declaración solemne en ese sentido?

No parece que exista para ello ninguna dificultad de orden teórico. Hoy en día se reconoce que las Naciones Unidas pueden llegar a ser parte en cualquier tratado. Pero los juristas de las Naciones Unidas invocan objeciones de procedimiento: alegan que la ONU no es un Estado y no tiene ejército propio; además, no puede substituir por su propia jurisdicción la de los países que le hayan facilitado contingentes.

De momento, hemos logrado obtener la promesa formal de que la Secretaría General de la ONU insertará en todo acuerdo que celebre con un país que ponga tropas a su disposición, una cláusula que prevea la aplicación de los Convenios de Ginebra por dichas tropas. Este sistema ha funcionado satisfactoriamente para los contingentes de la ONU enviados a Chipre. El problema queda, por consiguiente, resuelto en parte, es decir, en el aspecto netamente práctico.

Paralelamente, el CICR ha enviado directamente un memorándum a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, llamándoles la atención sobre el hecho de que son responsables para todos los efectos de la aplicación de los Convenios por las tropas que faciliten a la gran organización internacional. En consecuencia, les hemos rogado de adoptar, cada uno de ellos por su parte, las medidas necesarias.

El conjunto de la cuestión fue sometido a la XXa Conferencia Internacional de la Cruz Roja y ésta adoptó, con respecto a la misma, la resolución siguiente:

La XXa Conferencia Internacional de la Cruz Roja,

Considerando que los Estados Parte en los Convenios de Ginebra se han comprometido a respetarlos y a hacerlos respetar en todas las circunstancias,

considerando que es necesario que las "Fuerzas de Emergencia de las Naciones Unidas" respeten esos Convenios y estén protegidas por ellos,

manifiesta su satisfacción por las medidas tomadas a este efecto por las Naciones Unidas en el plano práctico y recomienda:

1. que sean concluidos los acuerdos adecuados con objeto de asegurar que las Fuerzas Armadas puestas a la disposición de

las Naciones Unidas observen las reglas de los Convenios de Ginebra y sean protegidas por ellos;

2. que los Gobiernos de los países que proporcionan contingentes a las Naciones Unidas tengan presente la importancia primordial y la necesidad de dar a sus tropas, antes de su salida de sus países de origen, una enseñanza adecuada sobre los Convenios de Ginebra así como la orden de observar estos Convenios;

3. que las autoridades responsables de los contingentes acepten tomar las medidas necesarias para prevenir y reprimir las eventuales infracciones a dichos Convenios.

#### **5. La protección de las poblaciones civiles contra los peligros de la guerra sin discriminación**

Esta es, sin duda alguna, la cuestión más importante entre las que han sido objeto de discusión en la Conferencia de Viena.

El IV° Convenio de Ginebra, de 1949, sólo protege a las poblaciones civiles contra los abusos de poder por parte de la autoridad enemiga. No penetra en el ámbito del derecho de guerra y del empleo de armas. Resulta, empero, que los estragos acumulados por la segunda guerra mundial dejaron al mundo verdaderamente atónito. Mientras que el primero de dichos conflictos había causado 10 millones de muertos, de los cuales medio millón pertenecían a las poblaciones civiles, la guerra de 1939 mató a 50 millones de personas, de las cuales 26 millones pertenecían a las fuerzas armadas y los restantes 24 millones, a las poblaciones civiles. En esta última cifra van comprendidos un millón y medio de miembros de poblaciones civiles que murieron a consecuencia de ataques aéreos.

Se asiste sin poder hacer nada al prodigioso aceleramiento de las destrucciones, a la evolución irreversible de los medios de hacer la guerra hacia una forma cada día más "total" que abarca desde los bombardeos clásicos hasta la bomba atómica, pasando por la "alfombra de bombas", las V2 y el napalm. Y, después de terminada la conflagración, prosigue la técnica nuclear sus aterradoros descubrimientos. Bastaría actualmente un sólo proyectil termo-nuclear para destruir una gran capital y las grandes potencias poseen un número suficiente de los mismos para eliminar toda vida de la superficie del globo.

Lo que resulta aun más inquietante, es que, si bien se han reconstruido las ciudades que se encontraban en ruinas, los Estados no han hecho nada para restaurar las reglas de la Haya sepultadas bajo los mismos escombros. Ni el Gobierno neerlandés, ni las Na-

ciones Unidas han querido recuperar la antorcha orientadora. No se vislumbra en el horizonte esperanza alguna de ver emprendida la revisión de las leyes de guerra.

Mientras la técnica ofensiva ha realizado progresos gigantescos, resulta que las reglas que cabe invocar en este terreno datan de 1907. Esto no deja de ser un absurdo flagrante.

Más aun, la repetición de los ataques destructores, los avances de la técnica han creado un hábito verdaderamente terrible. La sensación de horror se desvanece, la indignación da paso a la resignación ante lo que ha venido a denominarse "la fatalidad". Los nuevos métodos acaban por aparecer lícitos.

Hay que sublevarse con la mayor energía contra este modo de ver las cosas, contra semejante abdicación de la conciencia ante ese arranque de neo-barbarie afrentador de nuestro siglo. Implicaría admitir que el hombre debe rendirse ante sus propias creaciones en lugar de seguir siendo el dueño de las mismas. En verdad hay que reconocer que, si bien las leyes de la guerra, nacidas cuando no existía aviación de bombardeo, tienen que considerarse caducadas a causa de su inadaptación, subsisten, en cambio, los principios que informan dichas leyes, porque constituyen la expresión de una verdad eterna.

Cabe afirmar que los bombardeos en masa efectuados durante la última guerra no estaban justificados en modo alguno, ni moral, ni jurídicamente, y ni siquiera por razones prácticas.

Fue entonces cuando el CICR, ante la cardinal importancia de los intereses puestos en juego y como nadie quería preocuparse de ello, salió del marco de los Convenios de Ginebra. Pero, al obrar de esa forma, entiendo que no ha hecho otra cosa que cumplir fielmente con su deber. Y, así y todo, se mantuvo dentro del ámbito limitado de los bombardeos aéreos.

Al emprender tan ardua empresa, tomó como punto de partida la comprobación de los hechos siguientes: los bombardeos en masa de las ciudades, durante la segunda guerra mundial, no han correspondido a lo que de ellos se esperaba desde el punto de vista militar, como no han podido menos de reconocer los expertos en la materia cuando ya era tarde, y esto por sí sólo constituye una confesión un tanto trágica. Y cuando, por razones de táctica o por motivos de índole política, los estados mayores han querido salvar determinados edificios, lo han conseguido con una seguridad asombrosa.

Y tuvo una idea que constituía, tal vez, la clave del problema. No se debe atacar un arma determinada, como por ejemplo, la bomba atómica. En efecto, los Estados que disponen de este arma no consentirán en desprenderse de ella. Y además, eso no serviría de nada, porque en cuanto fuese prohibida un arma, se inventaría otra más terrible. Los bombardeos de Hamburgo y de Dresde han causado tantas o más víctimas que los de Hiroshima y de Nagasaki.

Y en Oradour, el arma empleada era una simple caja de mixtos.

El principio a seguir es, por lo tanto, el siguiente: cualesquiera que sean las armas empleadas en un conflicto, habrá que respetar la población civil o, al menos, que evitar de exponerla a peligros desproporcionados con la finalidad militar perseguida.

El CICR redactó, con la ayuda de expertos, un "proyecto de reglas" que limitan los peligros a que está sujeta la población civil en tiempo de guerra, el cual obtuvo una tímida aprobación de principio en la XIXª Conferencia Internacional de la Cruz Roja, reunida en la Nueva Delhi en 1957.

Con arreglo a la resolución adoptada en dicha Conferencia, el CICR transmitió el susodicho proyecto a los Gobiernos, pero estos, salvo algunas simpáticas excepciones, observaron un silencio abrumador. Las grandes potencias, en particular, no han abandonado su mutismo, por entender evidentemente que el proyecto se oponía al sistema actual de defensa en el que creen hallar una seguridad más o menos ilusoria.

¿Qué había que hacer? La Cruz Roja no podía dejar abandonadas a su triste destino las poblaciones civiles.

En vista de ello, después de haber consultado a los expertos, el CICR tuvo la idea de conseguir de los Estados que reconozcan algunos principios elementales de humanidad susceptibles de aplicarse en todo caso a las poblaciones civiles en la conducta de las operaciones militares.

La XXª Conferencia le siguió por este camino, adoptando la resolución siguiente:

La XXª Conferencia Internacional de la Cruz Roja, en sus esfuerzos para proteger a la población civil, confirma la Resolución XVIII de la XVIII Conferencia Internacional (Toronto, 1952), la que, considerando la Resolución XXIV de la XVIIª Conferencia Internacional (Estocolmo, 1948), exhortaba a los Gobiernos a ponerse de acuerdo, en el marco de un desarme general, sobre un plan de control internacional de la energía atómica que garantizaría la prohibición de las armas atómicas y el empleo de la energía atómica para fines exclusivamente pacíficos,

da las gracias al Comité Internacional de la Cruz Roja por la iniciativa tomada y por el trabajo tan completo que ha efectuado para precisar y ampliar el derecho internacional humanitario en este campo de acción, comprueba que la guerra sin discriminación constituye un peligro para las poblaciones civiles y para el futuro de la civilización,

declara solemnemente que todos los Gobiernos y todas las demás autoridades que tengan la responsabilidad de dirigir los

combates en los conflictos armados, deberían respetar, por lo menos, los principios siguientes:

- las Partes comprometidas en un conflicto no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo;
- está prohibido lanzar ataques contra la población civil considerada como tal;
- deberá establecerse, en todo momento, una distinción entre las personas que toman parte en las hostilidades y la población civil, de tal manera que esta última sea salvaguardada en cuanto sea posible;
- los principios generales del derecho de la guerra se aplican a las armas nucleares y similares;

invita expresamente a todos los Gobiernos que aún no lo hayan hecho, a adherirse al Protocolo de Ginebra de 1925, que prohíbe el uso de gases asfixiantes, tóxicos o similares, así como de todos los líquidos, materias o procedimientos análogos, al igual que el de los métodos de la guerra bacteriológica, pide encarecidamente al CICR que prosiga sus esfuerzos tendientes a desarrollar el Derecho Internacional Humanitario, de conformidad con la Resolución núm. XIII de la XIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, en particular en lo que concierne a la necesidad de proteger a la población civil contra las sufrimientos ocasionados por la guerra sin discriminación,

encarga al CICR de tomar en consideración todos los medios posibles y de utilizar todos los recursos apropiados, entre ellos la creación de un comité de expertos, para llegar rápidamente a una solución práctica de este problema,

pide a las Sociedades nacionales que intervengan ante sus Gobiernos para lograr su colaboración, a fin de obtener una pronta solución de esta cuestión, e invita insistentemente a todos los Gobiernos a que apoyen los esfuerzos de la Cruz Roja Internacional en este sentido,

pide a todas las Sociedades nacionales que convenzan a sus Gobiernos, hasta donde les sea posible, de que concluyan acuerdos eficaces que conduzcan a un desarme general.

En el estado de deterioro en que se encuentran las leyes de la guerra y habida cuenta de que éstas, en su mayor parte, datan de hace más de cincuenta años, no es exagerado considerar las cuatro reglas enunciadas en el centro de la resolución como los principios generales de derecho que rigen actualmente en esa materia. Es el único enunciado de esta índole proclamado por una asamblea

en que los Gobiernos están representados, desde la segunda guerra mundial.

El primero de dichos principios está tomado del Reglamento de la Haya de 1907; el segundo y parte del tercero, de la Declaración formulada por la Sociedad de Naciones en 1938. Sin duda, podrían adicionarse algunos elementos, como la indicación taxativa que los bombardeos deben limitarse a los objetivos militares y no causar al adversario daños que no guarden proporción con la importancia militar del objetivo encarado; que en cualesquiera ataques de objetivos militares habrán de adoptarse las precauciones necesarias para que estos no alcancen a las poblaciones civiles.

El cuarto de los principios enunciados, que por cierto figura en el Manual de derecho militar británico, aparece por vez primera en el plano internacional. Da lugar a importantes implicaciones, toda vez que, si los términos empleados han de tener algún sentido, significa que el uso indiscriminado de la energía nuclear es completamente ilícito. La nueva arma únicamente puede ser utilizada dentro del marco de los principios generales de derecho. Esos principios son precisamente los mismos que acabamos de recordar: evitar todo ataque a la población civil considerada como tal, distinguir entre combatientes y no combatientes, no causar daños desproporcionados.

Sobre esta base, que ya presenta una innegable solidez, el CICR, conforme se lo pide la resolución, no dejará de proseguir sus esfuerzos y cabe asegurar que logrará obtener el máximo de eficacia de los primeros resultados alcanzados. Espera conseguir de los potencias una confirmación en toda regla de sus compromisos, a base de los principios formulados de Viena.

Un aspecto particular, de interés inmediato y práctico de la salvaguardia de las poblaciones civiles es el inherente al estatuto que habrá de concederse a las personas que se esfuerzan en asegurar la supervivencia de los habitantes mediante la aplicación de los medios materiales adecuados. Estos servicios denominados de protección civil, entienden en todo lo concerniente a las alarmas, al oscurecimiento, a los refugios, a la extinción de incendios, a la búsqueda de heridos bajo los escombros, a la asistencia que se les deba impartir, a las evacuaciones, etc.

En suma, se trataría de implantar una reglamentación internacional que conceda un estatuto de inmunidad a los Servicios de Protección Civil, análogo a aquel que los Convenios de Ginebra aseguran al personal sanitario de los ejércitos. Cuando se otorgó, hace cien años, una salvaguardia internacional a los Servicios de Sanidad Militar, estos se desarrollaron y han salvado millares de vidas. Los Servicios de Protección Civil, si a su vez se les asegura la inmunidad, podrán tal vez desarrollarse y salvar también millares



de vidas. El problema, desde luego, es complejo, toda vez que dichos servicios contribuyen asimismo a la defensa nacional, pero no es insoluble.

Para ser protegidos, los referidos Servicios habrían de conservar la condición de entidad no combatiente, incluso cuando efectúen operaciones de salvamento en establecimientos considerados como objetivos militares. Sólo podrían participar en la salvaguardia de bienes si estos no fueren principalmente utilizados para fines militares. En el desempeño de sus funciones, llevaría dicho personal un signo distintivo uniforme, que sería distinto de la Cruz Roja, salvo tal vez para los servicios exclusivamente sanitarios.

Una de las resoluciones adoptadas en Viena ha reconocido la necesidad de reforzar la protección a los organismos de Protección civil y ha pedido al CICR que prosiga sus trabajos con la ayuda de especialistas. Este va a dedicarse, en consecuencia, a elaborar una reglamentación del género indicado.

## **6. La asistencia a las víctimas de disturbios interiores**

A pesar de la amplitud que lograron alcanzar en 1949, los Convenios de Ginebra no abarcan en su función protectora todo el ámbito de los sufrimientos humanos. Por ello, el CICR se esfuerza, como siempre lo ha hecho desde hace un siglo, en ampliar las conquistas del derecho humanitario. Uno de los fines principales que se afana en alcanzar en este terreno es el logro de un mínimo de protección para las víctimas de disturbios interiores.

Hasta hace poco, el derecho internacional se aplicaba únicamente a las guerras internacionales. Salvo raras excepciones, los movimientos internacionales eran ahogados en sangre.

Eso denotaba la existencia de una anchurosa laguna del derecho humanitario y de una imperiosa necesidad de hacer extensivos a las situaciones aludidas, por lo menos, los principios esenciales de los Convenios de Ginebra. Porque las guerras civiles originan en proporción mayores sufrimientos que las guerras internacionales por razón de su carácter rencoroso y encarnizado. ¿Por qué motivo? Porque se conoce a aquellos contra quienes se lucha y se tienen razones de índole personal para estar resentidos con ellos.

Así fue como le vino la idea al CICR de introducir en los Convenios de Ginebra una disposición atrevida y paradójica que intentara someter al derecho internacional un fenómeno nacional.

Después de varios meses de discusión, la Conferencia diplomática de 1949 adoptó el ya famoso artículo común 3 que, por sí sólo, viene a ser un "Convenio en miniatura". Prevé que, en los conflictos no internacionales, todas las partes habrán de observar, por lo menos, algunos principios esenciales de humanidad: el

respeto a las personas que no tomen parte en la lucha, prohibición de todo tormento, de tomar en rehenes, de condenas y ejecuciones irregulares. Este artículo ha permitido ya al CICR de intervenir en varios conflictos armados.

Pero, pese a su precio y a su caracter innovador, el artículo 3 tiene un alcance limitado y da por supuesta la existencia de un conflicto armado.

Ahora bien, los tiempos modernos se caracterizan por la expansión de ciertas ideologías políticas que pretenden subordinarlo todo a sus fines. Como contrapartida, han comenzado a proliferar los movimientos subversivos que mediante el empleo de la violencia, tienden también a su vez a cambiar el régimen establecido. A consecuencia de ello, se producen esas tensiones extremas entre los Estados que algunas veces se califican de "guerra fría" y que, en el interior de los Estados, dan lugar a esas divisiones entre fracciones diversas que se destrozan mutuamente. Y se da con harta frecuencia el caso de ciudadanos que, dentro de su propio país son objeto de leyes de excepción, se ven privados de libertad por meros delitos de opinión, entregados a la arbitrariedad y, en suma, están peor tratados que si fueran soldados enemigos cogidos con las armas en la mano.

En el curso de la historia, el derecho se ha ido desarrollado primeramente en el seno de las comunidades humanas. Se ha procurado después hacer extensivos algunos elementos del mismo a la guerra internacional y ulteriormente a la guerra civil. Mediante una extraña y sorprendente inversión de conceptos, habría que conseguir ahora que el derecho de la guerra se aplique en tiempo de paz y al gobierno interior de las naciones.

De este modo se llega a considerar cada vez con mayor evidencia que el derecho internacional tiene por misión asegurar un mínimo de garantías y de seguridad a todos los hombres, sea en tiempo de paz o en tiempo de guerra, sea que el individuo esté en conflicto con un pueblo extranjero o con la sociedad a la cual pertenece. Esta evolución proseguirá seguramente, pero, sin duda, no alcanzará su pleno desenvolvimiento hasta tanto el derecho aparezca sancionado por instancias judiciales y órganos de control, los cuales a su vez cuenten con el apoyo de una fuerza internacional capaz de imponer el respeto de sus decisiones. Esto implicará con toda probabilidad una nueva organización del mundo.

Por lo pronto, es éste un terreno que el humanitarismo se veía moralmente obligado a explorar, puesto que la existencia de un *no man's land* en el campo del sufrimiento es algo completamente inadmisibile. Se trata, empero, de una iniciativa particularmente delicada: está llamada a chocar con las formidables murallas de la soberanía nacional y de la seguridad del Estado.

¿En qué forma ha procedido hasta ahora el CICR? Ha reunido

Comisiones de expertos de reputación mundial. Estos han proclamado los principios destinados a regular la situación de tales víctimas y a sustentar en favor de las mismas la acción de socorro. Estas declaraciones han contribuido ya a conseguir que se le abriesen al CICR determinadas puertas. Movimientos tales como el de los *Derechos del Hombre* o la *Comisión Internacional de Juristas* podrán indudablemente completar la acción de la Cruz Roja, llegando precisamente adonde no alcanza la esfera de competencia de esta última. Porque, por motivos de orden práctico, para no comprometer su existencia, el CICR se ha acantonado en la esfera de la guerra y de las situaciones semejantes a la misma. De momento, sólo ha hecho extensiva su acción a las personas detenidas a consecuencia de violencias, de disturbios o de tensiones de extrema gravedad. También en este terreno, una resolución de la XXª Conferencia de la Cruz Roja incita al CICR a proseguir su acción.

La XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, considerando que durante los *conflictos armados no internacionales* y *disturbios interiores* que se han producido durante los últimos años, no ha sido posible asegurar una protección suficiente a las víctimas de estos conflictos y particularmente a los prisioneros y detenidos, considerando que los Convenios de Ginebra de 1949 contienen en su artículo común número 3 las disposiciones aplicables a estos conflictos, habiendo tomado conocimiento del informe de la Comisión de expertos reunida por el Comité Internacional de la Cruz Roja del 25 al 30 de octubre de 1962, insiste con esta súplica al CICR de proseguir su acción con la finalidad de ampliar la ayuda humanitaria de la Cruz Roja a las víctimas de los conflictos no internacionales, y recomienda a los Gobiernos de los Estados formando parte de los Convenios de Ginebra y a las Sociedades nacionales de apoyar estos esfuerzos en sus respectivos países.

## **7. La Cruz Roja y la paz**

¿Puede la Cruz Roja contribuir al mantenimiento de la paz y a la solución pacífica de los conflictos internacionales? He aquí un problema objeto de discusión desde mucho tiempo.

Si bien se admitió desde el primer momento que la Cruz Roja puede cooperar en la difusión del espíritu de paz entre los pueblos y que tanto su actitud como sus actividades de cada día constituyen una condena de la violencia, se han reconocido asimismo las limitaciones que su carácter apolítico le impone en el ámbito de la prevención de la guerra.

En efecto, aunque la paz sea estimada por todos los pueblos, es poco frecuente que éstos se pongan de acuerdo sobre la forma de establecerla o de mantenerla, ni sobre el carácter que deba tener. Ahora bien, el mero hecho de pronunciarse acerca de los problemas que plantea la organización del mundo implica, quiérase o no, situarse en el plano político. Aspirar a producir un efecto directo en esta esfera, implica bajar a la arena de las naciones y de los partidos. Es de toda evidencia que, la lanzarse en esa forma a participar en una lucha para la cual carece de condiciones, la Cruz Roja iría rápidamente a su propia ruina.

No obstante, hace algunos años, el CICR se vió llamado a salirse del marco de su misión tradicional y a asumir responsabilidades en un campo de acción completamente nuevo. Fué durante el otoño de 1962, en el momento álgido de la cuestión de Cuba. Por espacio de varios días la situación política fué tan grave, que se llegó a creer en la amenaza de una guerra termonuclear. El Secretario General de las Naciones Unidas se dirigió entonces al CICR por entender que era el único órgano que todavía estaba en condiciones de salvar la paz: se trataba de asegurar que los buques que se dirigiesen a Cuba no fuesen portadores de armas atómicas de largo alcance.

El CICR no creyó deber sustraerse. Pero supeditó su concurso a todas aquellas condiciones que aconsejaban la prudencia y la preocupación de mantener su neutralidad. Exigió en particular – al efecto de quitarle al asunto todo carácter político – la conformidad expresa de los países interesados. Esta conformidad fué obtenida, pero, finalmente, surgió el apaciguamiento, sin que el CICR se viese obligado a actuar de un modo efectivo. Con todo, se había creado un precedente interesante.

El problema de la paz ha sido discutido en Viena con más detenimiento que nunca. Se habían presentado hasta diez proyectos distintos. Todos ellos han quedado amalgamados, dando lugar a la redacción del texto siguiente:

La XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, toma nota con satisfacción de la Resolución adoptada por el Consejo de Delegados en Ginebra en 1963 bajo el título “La Cruz Roja factor de paz en el mundo”, recuerda las Resoluciones adoptadas anteriormente sobre este tema especialmente por la XIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Nueva Delhi, 1957), se felicita por los esfuerzos realizados por diferentes Gobiernos para eliminar el peligro de conflictos armados por medio del desarme y en particular por la conclusión en 1963 del Tratado por el que se proscriben los ensayos de armas nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y bajo el agua, y

por la Resolución adoptada en 1963 por la Asamblea General de las Naciones Unidas prohibiendo el estacionamiento en el espacio de armas de destrucción en masa, expresa su profunda inquietud con respecto a los sufrimientos de que son víctimas las poblaciones de un cierto número de países en los que existen conflictos armados, expresa igualmente su profunda inquietud y lamenta el uso reiterado de la fuerza que amenaza la independencia o el derecho de autodeterminación de los pueblos, invita con carácter urgente a todos los Gobiernos para que resuelvan sus litigios por medios pacíficos en el espíritu del derecho internacional, apela a todos los Gobiernos para estimularlos a proseguir sus esfuerzos tendentes a concluir un acuerdo sobre la prohibición de todos los experimentos con armas atómicas y un acuerdo sobre el desarme general y completo bajo un control internacional eficaz, así como a considerar la adopción de disposiciones parciales tales como la creación de zonas desnuclearizadas y la conclusión de acuerdos para que no se multipliquen las armas nucleares, estimula al Comité Internacional de la Cruz Roja para que lleve a cabo, en enlace constante con la Organización de las Naciones Unidas y en el marco de su misión humanitaria, todos los esfuerzos susceptibles de contribuir a la prevención o a la solución de los eventuales conflictos armados, así como a asociarse, de acuerdo con los Estados interesados, a todas las disposiciones apropiadas que sean tomadas con este fin, invita con insistencia al CICR, a la Liga de Sociedades de la Cruz Roja, a las Sociedades nacionales y a los Gobiernos para que multipliquen sus esfuerzos con objeto de llegar, dentro de un espíritu de humanidad, a una aplicación universal y estricta de los Convenios de Ginebra en todos los conflictos armados, expresa su agradecimiento por los esfuerzos realizados por el CICR, la Liga, las Sociedades nacionales y los Gobiernos para aliviar los sufrimientos y les estimula para que prosigan estos esfuerzos en el futuro.

\* \* \*

Como se ve, la Conferencia de 1965 se ha mostrado digna de sus antecesoras. Ha aportado la prueba de que la Cruz Roja Internacional es una institución llena de vida que actúa en todas partes y permanece fiel a su ideal. Ha abierto el camino en varios sectores del derecho internacional. Todo permite esperar que de todo ello saldrá algo útil para la humanidad.

# DOS ASPECTOS DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN LA EUROPA ORIENTAL

## I LA FUNCIÓN DEL INVESTIGADOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL SOVIETICO

por

PAULINE B. TAYLOR \*

El legislador soviético ha disociado la investigación criminal preliminar de la fiscalización o vigilancia judicial. En la actualidad ningún acto de investigación se puede comunicar a un tribunal o a un juez. El mismo investigador no es un funcionario judicial, sino que pertenece al personal de la Procuraduría, al Ministerio de Policía o a la Comisión de Seguridad del Estado (KGB). Este divorcio del poder judicial distingue al investigador soviético del juez instructor francés, al que ha sido equiparado en términos generales.<sup>1</sup>

Este apartamiento del derecho soviético respecto de la práctica continental usual se ha efectuado gradualmente. Hasta 1928 los investigadores siguieron estando administrativamente subordinados al poder judicial y, no obstante estar sujetos a la dirección de la Procuraduría, conservaron el derecho a recurrir ante los tribunales contra algunas de las órdenes de la Procuraduría. Sin embargo, en 1928 los investigadores fueron separados del poder judicial y adscritos a la Procuraduría. El profesor Strogovich, autoridad soviética en procedimiento penal, ha descrito esta transferencia como una "reforma dictada por... la necesidad de consolidar hasta el máximo a las fuerzas investigadoras en la lucha contra la delincuencia".<sup>2</sup> Ello no obstante, los órganos investigadores de la policía política quedaron al margen de toda fiscalización.<sup>3</sup>

Un vestigio residual de la autoridad judicial sobrevivió, sobre el papel por lo menos, hasta la promulgación del Código de Pro-

---

\* Abogado, Nueva York.

<sup>1</sup> Berman, H. J., *Justice in the USSR*, N.Y., 1963, Vintage Ed., pág. 302.

<sup>2</sup> Strogovich, M. S., *Curso de procedimiento penal soviético*, Moscú, 1958, pág. 127.

<sup>3</sup> Gsovski y Grzybowski, *Government, Law, and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe*, N.Y., 1959, págs. 552 y 553; Código de Procedimiento Penal de la RSFSR (República Socialista Federada Soviética Rusa) (1957), Moscú, arts. 107 y 108.

cedimiento Penal en 1960. Se disponía en la última versión (1957) del Código anterior que se revisarían judicialmente las decisiones de la Procuraduría previa queja de las partes agraviadas contra los actos de los investigadores.<sup>4</sup> Este último vínculo anticuado entre los tribunales y los investigadores fue disuelto por el Código de 1960. Por lo demás, según se interpreta la legislación más reciente, los investigadores de la Seguridad del Estado quedan sujetos a la fiscalización general de la Procuraduría.<sup>5</sup> Sigue siendo incierta la medida efectiva en que se ejerce esta fiscalización. Si bien actualmente se critican con frecuencia los pasados excesos de las fuerzas de Seguridad del Estado,<sup>6</sup> sus actividades son mencionadas raras veces en tiempo presente.

Los investigadores de la Seguridad del Estado tienen competencia para ocuparse de los delitos políticos, entre ellos la traición, el espionaje, la propaganda antisoviética y los desórdenes públicos, así como el tráfico de divisas. Durante un breve periodo, desde 1960 hasta 1963, los investigadores de la Procuraduría tenían por misión ocuparse de todos los demás delitos, salvo un pequeño número de faltas que siguieron estando sujetas a la encuesta policíaca sumaria. Este sistema impuso sobre la Procuraduría una tarea de imposible ejecución, porque de repente se trastocó la situación preexistente, en que la Procuraduría investigaba algunos de los delitos más importantes y las encuestas policíacas versaban sobre todos los demás. El resultado de esta modificación introducida en 1960 fue que, en realidad, la policía investigaba la mayoría de los asuntos mientras el fatigado personal de la Procuraduría se limitaba a dar forma oficial a la labor de la policía.<sup>7</sup> Para rectificar esta solución extra jurídica, se creó en 1963 un nuevo cuerpo de investigadores en los ministerios de policía (ministerios para la protección del orden público) con la misión de investigar los delitos más leves descubiertos en las actividades policíacas de rutina.<sup>8</sup> Este nuevo cuerpo se dotó en gran medida mediante el ascenso de funcionarios experimentados en encuestas policíacas.<sup>9</sup> Simultáneamente, se redujo todavía más la lista de las faltas objeto de encuesta policíaca sumaria. Estas comprenden ahora la injuria, la calumnia, las faltas

<sup>4</sup> *Ibid.*, art. 220.

<sup>5</sup> Zhogin y Fatkullin, *Investigación preliminar*, Moscú, 1965; pág. 351.

<sup>6</sup> Véase, por Zhogin, N. V., "Sobre el falseamiento por Vichinsky de la teoría y la práctica del derecho soviético", *Sovetskoye Gosudarstvo i Pravo* (citado en lo sucesivo con las siglas S. G. P.), núm. 3, 1965; pág. 22.

<sup>7</sup> Chistyakova, V., "Organos de la investigación preliminar en el procedimiento penal soviético", *Vestnik Moskovskogo Universiteta, Seriya X, Pravo*, núm. 4, 1964; pág. 35, párr. 37.

<sup>8</sup> Chistyakova, V., "Sobre la delimitación de competencias entre los órganos de la investigación preliminar", *Sotsialisticheskaya Zakonost* (citado en lo sucesivo con las iniciales S. Z.), núm. 7, 1964; pág. 11.

<sup>9</sup> Zhogin y Fatkullin, *op. cit.*, pág. 51.

contra el orden público, las lesiones leves y el hurto de frutos o mieses; algunas autoridades han propuesto que incluso estas faltas de ligera importancia pasen a la competencia de los nuevos investigadores de la policía.<sup>10</sup> En realidad, las modificaciones introducidas en 1963 han restablecido aproximadamente la división anterior de trabajo entre la policía y la Procuraduría, pero han instituido una mayor uniformidad de procedimiento.

El procedimiento del nuevo cuerpo de los investigadores de la policía no ha sido definido todavía y, como se ha señalado antes, escasean los datos relativos a las investigaciones a cargo de la Seguridad del Estado. Por lo tanto, la siguiente descripción de la investigación preliminar soviética se basa en gran medida en las operaciones de los investigadores de la Procuraduría.

Si bien algunas causas criminales se instruyen a veces por iniciativa de un investigador, la mayoría pasa por una fase preparatoria de encuesta policíaca. El trámite policíaco soviético es más extenso y complejo que el trámite policíaco en la Europa occidental. En Francia la detención en poder de la policía puede durar veinticuatro horas, lapso que podrá ser ampliado en otras veinticuatro horas por el ministerio fiscal después de ver y oír al sospechoso (CFCP, 77).<sup>11</sup> Si bien el procurador soviético ha de recibir también un informe dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención, dispone de otras cuarenta y ocho horas para decidir si debe decretar la liberación del detenido o confirmar la detención preliminar (CPC, 122).<sup>12</sup> No tiene que interrogar personalmente al sospechoso, salvo "en caso necesario".<sup>13</sup> Al cabo de diez días en detención preliminar, el sospechoso ha de ser procesado o liberado (CPC, 90). Diez días es también el lapso de tiempo prescrito para la terminación de la encuesta policíaca preparatoria y la transferencia de la causa al investigador. Se prevé que dentro de este plazo la encuesta policíaca permitirá realizar los actos de investigación más urgentes. Además de la detención, estos actos pueden ser: la inspección, el registro, el decomiso de efectos, el examen y el interrogatorio de sospechosos, víctimas y testigos (CPC, 119). Ahora bien, la policía habrá de transferir la causa al investigador tan pronto como se hayan realizado los actos más urgentes; el investigador puede hacerse cargo de la causa antes por iniciativa propia (CPC, 119 y 127). Después

<sup>10</sup> Tikunov, V., "Sobre el perfeccionamiento ulterior de la investigación preliminar", *S.G.P.*, núm. 6, 1965, pág. 3, párr. 10.

<sup>11</sup> La abreviatura CFCP designa el Código francés de procedimiento criminal. En la versión original, la autora utiliza la traducción de Gerald L. Kock, publicada por la universidad de Nueva York (N.Y., 1964).

<sup>12</sup> La abreviatura CPC designa el Código de procedimiento criminal de la RSFSR, de 1960 (Moscú, 1964).

<sup>13</sup> Normas reguladoras de la fiscalización ejercida por la Procuraduría de la Unión Soviética, art. 18.



de haberse hecho cargo de la causa el investigador, la policía se limita a desempeñar las tareas que éste le confíe, salvo en lo relativo a la ejecución de las medidas prácticas de detección en el caso de que no haya sido posible "descubrir al autor del delito" (CPC, 119).

El investigador tiene la obligación de preparar el acta de acusación cuando hay "pruebas suficientes para servir de base a una acusación" (CPC, 143). La acusación se ha de formular en una exposición "motivada", en la cual se nombra al acusado, se menciona el delito imputado y la disposición legal aplicada y se especifican el tiempo, el lugar y las demás circunstancias que hayan rodeado la comisión del delito "en la medida en que hayan quedado establecidas por los elementos de la causa" (CPC, 143 y 144). (El criterio seguido para apreciar la prueba de la acusación se estudia más adelante en relación con el examen de la función del investigador.)

El investigador ha de comunicar la acusación al acusado dentro de los dos días siguientes a su formulación. Con este motivo el investigador deberá explicar la sustancia de la acusación e informar al acusado sobre sus derechos durante la investigación: dar explicaciones, presentar pruebas, formular peticiones, recusar al investigador por causa de interés e interponer quejas contra los actos o las decisiones del investigador o procurador. Al concluirse la investigación el acusado puede también examinar los materiales reunidos por los investigadores y tiene en este momento derecho a ser asistido por abogado. Ahora bien, si el acusado es menor de edad o es incapaz de defenderse por padecer defectos mentales o físicos, tiene derecho a recibir la asistencia de un abogado a partir del momento de la formulación de la acusación (CPC, 149). El investigador debe interrogar al acusado inmediatamente después de haber formulado la acusación (CPC, 150).

El procedimiento soviético de imputación difiere fundamentalmente del seguido en la Europa occidental, que a efectos prácticos consideramos como ejemplificado por el Código francés. Como hemos señalado previamente, el juez instructor francés pertenece a la carrera judicial. Tiene confiada la función de investigación durante un periodo de tres años y solamente actúa previa petición del ministerio fiscal (CFPC, 80). En la primera comparecencia, el juez comunica al acusado los actos que se le imputan y le indica además que puede libremente negarse a declarar y tiene derecho a designar de inmediato a un abogado o bien pedir que se designe a un defensor de oficio (CFPC, 114). El acusado no es interrogado en su primera comparecencia a menos que existan motivos apremiantes que requieran su interrogatorio o careo inmediatos (CFPC, 115).

En Francia el acusado puede relacionarse libremente con su abogado "inmediatamente después de la primera comparecencia"

(CFPC, 116). En lo sucesivo, sólo podrá ser interrogado o careado en presencia de su abogado, que tiene que ser convocado de antemano. Además, el expediente de procedimiento se ha de poner a disposición del abogado del acusado antes de cada interrogatorio (CFPC, 118).

Como hicimos notar antes, en la Unión Soviética un adulto en buen estado de salud no tiene derecho a ser asistido por abogado antes de la clausura de la investigación, y los materiales de la causa no están al alcance del acusado o de su abogado en el curso de la investigación. El acusado es interrogado inmediatamente por el investigador para prevenir la elaboración de una versión falseada de sus actividades<sup>14</sup> y no se le advierte que no puede ser obligado a declarar. Ahora bien, si el acusado se niega a declarar sobre la sustancia de la acusación, el investigador "debe explicarle que la negativa a declarar impide la obtención de pruebas exigentes o atenuantes de la responsabilidad y no puede oponerse al desarrollo ulterior de la investigación". Si el acusado mantiene su negativa, el investigador ha de consignar este hecho en el protocolo de la investigación.<sup>15</sup>

En la investigación según el sistema soviético, se advierte al testigo que incurrirá en responsabilidad penal si se niega a prestar testimonio o si presta falso testimonio (CPC, 158). Un sospechoso no es considerado como testigo a este efecto, pero la definición soviética de sospechoso es muy estricta. Según la legislación soviética, es sospechoso 1) el que ha sido detenido por sospechar que ha cometido un delito, o bien 2) el que está detenido o es objeto de una medida preventiva antes de la formulación de una acusación (CPC, 52). No hay excepciones que se aparten de esta norma formalista;<sup>16</sup> es decir, que la sospecha efectiva no reduce de por sí la obligación de testificar. Esta disposición contrasta marcadamente con la prohibición consignada en el Código francés según la cual "el juez instructor . . . no podrá aceptar como testigos, con objeto de limitar los derechos de la defensa, a personas contra las cuales concurren graves y concordantes indicaciones de culpabilidad" (CFPC, 105). Además, el juez instructor ha de advertir que "toda persona mencionada nominalmente en una denuncia acompañada por una reclamación civil podrá negarse a declarar como testigo". En el caso de que la persona mencionada se niegue a testificar, sólo podrá ser oída en calidad de acusado (CFPC, 104).

Las disposiciones francesas relativas a la prisión preventiva son también comparativamente liberales. Se estipula en el Código

<sup>14</sup> Zhogin y Fatkullin, *op. cit.*, págs. 227 y 228.

<sup>15</sup> Comentario sobre el Código de procedimiento criminal de la RSFSR, de 1960, universidad de Leningrado, 1962 (en lo sucesivo Comentario de Leningrado), pág. 152.

<sup>16</sup> Zhogin y Fatkullin, *op. cit.*, pág. 118.

francés que "la prisión preventiva es una medida excepcional" (CFPC, 137). La prisión no puede durar más de cinco días en el caso de las personas domiciliadas en Francia si la duración de la pena máxima correspondiente es inferior a dos años y si el acusado no ha sido condenado anteriormente por delito o no ha sido condenado a más de tres meses de reclusión (CFPC, 138). En todos los demás casos, la prisión puede durar como máximo cuatro meses, periodo que podrá ser prorrogado por decisión del juez instructor por otros cuatro meses a lo sumo. La decisión del juez en favor de la prórroga de la prisión puede ser impugnada ante la sala de procesamiento del tribunal de apelación. La libertad con depósito de fianza puede ser solicitada en cualquier momento y cabe también recurrir contra su denegación (CFPC, 186). El juez puede decidir que un detenido quede incomunicado durante un periodo de diez días (prorrogable por una sola vez). Sin embargo, esta decisión no deja sin efecto el derecho del detenido a relacionarse libremente con su abogado (CFPC, 116).

Según la práctica soviética, la detención preliminar sólo se aplica a los acusados de delitos penados con la privación de libertad, por breve que sea su duración (CPC, 96). La fianza, entendida como garantía financiera, no obstante estar autorizada por el Código, ha caído en desuso.<sup>17</sup>

En un artículo del Código de la RSFSR se especifican las consideraciones habituales: posibilidad de huída, falseamiento de las pruebas, reincidencia (CPC, 89), que se han de tener presentes en relación con la edad, el estado de salud y otras circunstancias personales del acusado con objeto de determinar la necesidad de decretar la detención preliminar o la adopción de otras medidas preventivas (CPC, 91). Ahora bien, otro artículo del Código deja sin efecto estas consideraciones habituales con respecto a la mayoría de los delitos más graves: en el artículo 96 se hace referencia a unos sesenta delitos de gravedad tan marcada que la detención es de rigor en el caso de cualquier persona acusada de cualquier delito enumerado en la lista, a causa exclusivamente de la peligrosidad del delito.

El investigador ha de obtener el asentimiento del procurador para decretar la prisión preventiva. Parece, no obstante, que la prisión preventiva se aplica con excesiva frecuencia. Se lanzaron críticas contra un procurador de un distrito de la región de Kursk que fue objeto de críticas porque había confirmado la detención preliminar de un agricultor colectivista acusado del robo de cinco huevos.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> *Ibid.*, págs. 260 y 263.

<sup>18</sup> Shubin, Yu., "Por el perfeccionamiento de la labor desarrollado por los órganos de investigación de la Procuraduría", *S.Z.*, núm. 4, 1965, pág. 19, párr. 21.

El frecuente recurso a la detención preliminar da manifiestamente lugar a una corriente de cartas a *Justicia Soviética*, donde se trata el candente problema de confiar a un abogado la defensa de un acusado detenido. Este no puede designar por sí mismo a su abogado, porque queda incomunicado hasta la conclusión del sumario. Es frecuente que parientes del acusado procuren organizar su defensa, pero tropiezan también con la imposibilidad de relacionarse con el acusado, que sigue desconociendo sus esfuerzos. Así, ocurre a menudo en estos casos que “un acusado desconfía de estos defensores porque les considera capaces de llegar a un “arreglo” con el acusador, que puede actuar a espaldas del acusado y seleccionar contra sus deseos a un defensor “rentable” que se granjea luego la confianza de los familiares”.<sup>19</sup>

El factor tiempo plantea otro problema en relación con la defensa del acusado detenido. Rige una estricta disposición legal en virtud de la cual el defensor ha de comparecer dentro de los cinco días siguientes al momento en que el investigador anuncia la conclusión del sumario (CPC, 201). A menos que el investigador informe al abogado designado sobre la marcha de la investigación y sobre la fecha probable de la conclusión del sumario, el abogado quizá no pueda hacer los preparativos necesarios para estar en condiciones de comparecer en el momento requerido.

Uno de los corresponsales – el decano del Colegio de Abogados de Orlov – proponía que el investigador que tenga noticia de la designación de un abogado defensor de un procesado detenido debiera convocar al abogado designado para que esté presente cuando el procesado se pronuncie en favor o en contra de recibir asistencia jurídica. La presencia de un abogado en este momento decisivo impediría que los investigadores cometan impertinencias tales como la de preguntar al procesado por qué desea ser asistido por abogado.<sup>20</sup>

En un editorial destinado a reseñar esta correspondencia se proponía la introducción de normas que hagan posible la comunicación fiscalizada entre el procesado detenido y sus parientes a fin de examinar la posibilidad de emplear a un abogado defensor. Los directores de *Justicia Soviética* convinieron además en que el abogado predesignado debiera estar presente cuando el acusado ha de adoptar la decisión de aceptar o rechazar su asistencia, con objeto de evitar que “algunos investigadores” ejerzan presión sobre el

<sup>19</sup> Dubovik, A., “Sobre la práctica de comunicar al procesado y a la defensa los materiales de una causa penal de conformidad con el art. 201 del CPC de la RSFSR”, *Sovetskaya Yustitsiya* (citado en lo sucesivo con las iniciales S. Yu.), núm. 23, pág. 8.

<sup>20</sup> Aleshin, N., “Para impedir la violación de los derechos del procesado y de la defensa en la investigación preliminar”, S. Yu., núm. 6, 1965; pág. 24, párr. 25.

acusado para que rechace dicha asistencia.<sup>21</sup>

Estos espinosos problemas de defensa del acusado están todavía por resolver porque la admisión de abogados defensores en cualquiera de las fases de la investigación preliminar sólo data de 1958. La participación efectiva del abogado en la conclusión del sumario es crucial, porque ésta es una oportunidad excepcional para pasar revista a los antecedentes y pedir un suplemento de la instrucción a fin de completar o acrecentar los elementos favorables a la defensa.

El aislamiento del procesado objeto de detención y la falta de abogados en el curso de la investigación tienen juntamente por consecuencia hacer extremadamente penosa la detención prolongada. En el Código de la RSFSR se dispone que, básicamente, la detención preliminar durará dos meses y que podrá mantenerse en prórrogas sucesivas hasta un total máximo de nueve meses (CPC, 97). Las prórrogas sucesivas habrán de ser aprobadas por funcionarios de la Procuraduría de categoría progresivamente superior; así, la detención más allá de seis meses requiere el asentimiento del procurador general de la Unión Soviética. Sin embargo, los datos recibidos indican que la prolongación ilegal de la detención es hecho corriente;<sup>22</sup> el Presídium del Soviet Supremo interviene a veces para prorrogar la detención más allá del plazo de nueve meses fijado por el Código.<sup>23</sup>

En Francia el acusado puede recurrir ante el tribunal contra una orden de prórroga de la detención; en cambio, en la Unión Soviética no puede recurrir judicialmente durante la investigación preliminar. Puede presentar reclamaciones ante el procurador encargado de la causa y puede recurrirse contra la decisión del procurador ante su superior inmediato (CPC, 220). Este sistema de recursos tiene aparentemente poca influencia, o carece de ella, sobre las prórrogas de la detención decretadas por el procurador general o inclusive por el procurador de una república. Por supuesto, si la detención es mantenida ilegalmente por el investigador sin el requerido asentimiento de su superior jerárquico, el acusado puede recurrir ante el procurador encargado de la causa, siempre que esté al corriente de los plazos y conozca sus derechos en ausencia de un defensor.

El investigador es responsable en general del desarrollo de la investigación (CPC, 127). Sin embargo, el procesado o cualquier otra parte puede pedir que se realicen actos suplementarios de investigación, por ejemplo, la obtención de dictámenes periciales sobre

<sup>21</sup> "En torno a la práctica de comunicar al procesado y a la defensa los materiales de una causa criminal, de conformidad con el art. 201 del CPC de la RSFSR", *S. Yu.*, núm. 8, 1965; pág. 22.

<sup>22</sup> Zhogin, N., "Para un mejoramiento sustancial de la labor del mecanismo investigador", *S. Z.*, núm. 7, 1965; pág. 2, párr. 3.

<sup>23</sup> Zhogin y Fatkullin, *op. cit.*, pág. 265.

asuntos técnicos o la recogida de otros testimonios. El investigador debe allanarse a estas peticiones si pueden tener importancia para la causa (CPC, 131). En el curso de la investigación estas peticiones serán probablemente infructuosas, pero, como hemos indicado antes, pueden ser importantes en el momento de la terminación del sumario, cuando los documentos de la causa pueden ser objeto por vez primera de inspección por las partes. En este momento el procesado podrá reclamar también contra cualquier acto del investigador que haya perjudicado su defensa (CPC, 202). Estos remedios de última hora tienen particular importancia porque preceden inmediatamente a la calificación del delito.

Corresponde al investigador preparar el escrito de calificación y aunque éste puede ser objeto de revisión por el procurador y por el tribunal sentenciador en una actuación preliminar, es probable que sea éste el documento definitivo que servirá de base al juicio del procesado. Es sabido que el personal de procuraduría adscrito a la dirección de la investigación preliminar es insuficiente y la dirección de las investigaciones es objeto de censura por sus deficiencias.<sup>24</sup> La excesiva confianza depositada por los tribunales sentenciadores en la labor de investigación será examinada en relación con la evaluación judicial de la investigación en su conjunto.

La responsabilidad del investigador en lo que se refiere tanto al procesamiento como a la calificación del delito le confiere una facultad excepcional que le permite definir el carácter de toda la causa. El juez instructor francés actúa previa petición del ministerio fiscal; en Francia el escrito de calificación es preparado por la sala de procesamiento del tribunal de apelación, sistema que se conoce como jurisdicción investigadora de segundo grado. De los países de la Europa oriental, solamente Polonia y Rumania confían al investigador la formalización del escrito de calificación.<sup>25</sup>

La doble función del investigador soviético, que prepara primero el sumario y elabora luego el escrito de calificación, adolece de ciertas contradicciones. Estas contradicciones han sido puestas de relieve por la controversia sobre la admisibilidad de las pruebas requeridas para sustentar una acusación. El impreciso requisito del Código: "pruebas suficientes para servir de base a una acusación", han dado lugar a amplias fluctuaciones de interpretación. Los actuales teorizadores jurídicos insisten en la aplicación de un criterio muy riguroso, que no difiere de la prueba más allá de toda duda razonable, exigida en el derecho anglosajón. No existe una fórmula común para los procesamientos corrientes. Según una versión se

<sup>24</sup> Zhogin, N., *op. cit.*, n. 22; Ivanov, L., "Para una mejor reglamentación de la labor de las secciones investigadoras", *S. Z.*, núm. 10, 1964; pág. 41.

<sup>25</sup> Grobovenko, Ya. V., *Elementos básicos del procedimiento penal de las democracias populares europeas*, Moscú, 1964; pág. 69.

requieren “pruebas ciertas e incontrovertibles que no susciten duda”;<sup>26</sup> en cambio, los esfuerzos conjugados de un procurador de Lvov y de un profesor de derecho penal sustantivo y de derecho procesal penal en la Universidad de Lvov han tenido por resultado la fórmula: “una firme convicción de culpabilidad, basada en un examen objetivo y completo de todas las circunstancias”.<sup>27</sup> En un comentario de la universidad de Leningrado sobre el Código se requiere también pruebas que no susciten duda y una certeza tal que solamente con ella se logrará procesar solamente a los culpables.<sup>28</sup>

El afán de exigir un elevado grado de certeza en una fase tan inicial de la causa tal vez perjudique al acusado, en vez de favorecerle. El profesor Strogovich ha sugerido la adopción de un criterio menos riguroso, consistente en “pruebas acusadoras ponderadas y verificadas”, por considerarlo como más idóneo para una investigación imparcial. A este respecto Strogovich pregunta: “¿Cómo puede el investigador poner de manifiesto las circunstancias que vindican al procesado y cómo puede el procesado vindicarse a sí mismo en la investigación preliminar si, por el mero acto de instituir el procesamiento, el investigador ha llegado a una conclusión definitiva sobre la culpabilidad del procesado?”<sup>29</sup>

Este requisito de la certeza en esa fase tan inicial ha sido soslayado, en la práctica, mediante el expediente de posponer el procesamiento. Las autoridades en materia de investigación preliminar declaran que “el censurable subterfugio de fijar el momento para formular la acusación y presentar la denuncia al término de la investigación no es infrecuente en la práctica en lo que a la investigación se refiere”.<sup>30</sup> El aplazamiento de la denuncia se registra también en los países de la Europa oriental donde incumbe al investigador formular la denuncia.<sup>31</sup>

Los teóricos soviéticos que preconizan criterios de perfección para la denuncia se niegan a ver la menor relación entre las normas rigurosas y los males inherentes al aplazamiento de las denuncias y a las investigaciones animadas por prejuicios. Siguen rechazando esta alternativa como una “hipótesis infundada”, que equiparan rígidamente con las desacreditadas teorías de Vichinsky.

Sin embargo, la insistencia soviética en la pronta averiguación

<sup>26</sup> Paraskevich, V., “Sobre lo controvertible y lo incontrovertible en la teoría de la prueba jurídica”, *S. Z.*, núm. 12, 1964, pág. 41.

<sup>27</sup> Sadosvsky y Tyrichev, “Cuestiones de teoría y de práctica en materia de prueba jurídica”, *S. Z.*, núm. 11, 1963, pág. 39.

<sup>28</sup> Comentario de Leningrado, pág. 145.

<sup>29</sup> Strogovich, *op. cit.*, pág. 300.

<sup>30</sup> Zhogin y Fatkullin, *op. cit.*, pág. 192.

<sup>31</sup> Grobovenko, *op. cit.*, pág. 66.

de la culpabilidad quizá sea un complemento necesario de la práctica consistente en poner término a una "parte importante de las causas criminales" por medios no judiciales, entre ellos la transferencia a los tribunales de camaradas y a las comisiones de menores.<sup>32</sup> Otro de estos procedimientos – el régimen de prueba en colectividad – consiste en la liberación del acusado para su reeducación bajo la tutela de una colectividad de trabajadores. Para la aplicación de este régimen, la culpabilidad se da por sentada y se requiere una confesión del acusado además de la autorización del procurador. El señuelo de la liberación en régimen de prueba ha sido utilizado por los investigadores para obtener una confesión falsa e incluso la falsa denuncia de pretendidos cómplices.<sup>33</sup> La transferencia a una comisión de menores puede efectuarse sin obtener una confesión, aunque en este procedimiento la culpabilidad se da también por sentada y la comisión prescribe luego la aplicación de medidas correctivas sin examinar de nuevo las pruebas.<sup>34</sup>

Las consecuencias teóricas de esta terminación no judicial de las causas criminales han sido estudiadas por el Instituto de la Unión Soviética para el estudio de las causas de la criminalidad y para el perfeccionamiento de las medidas preventivas. La Comisión nombrada llegó a la conclusión de que "es imposible afirmar que solamente un tribunal puede resolver con carácter definitivo la cuestión de la culpabilidad. Ahora bien, sólo un tribunal puede decidir definitivamente si un acusado es culpable y fijar simultáneamente la pena."<sup>35</sup>

Si la investigación llega sin interrupción hasta la fase final, el investigador tiene que decidir si procede formalizar la acusación o bien dictar auto de sobreseimiento. Si decide que las "pruebas recogidas bastan para formalizar la acusación" (CPC, 200), notifica su decisión a las partes. Este es el momento de examinar los elementos de la investigación por el procesado, asistido por abogado si así lo desea, y de presentar la petición en demanda de un suplemento de investigación. Si la defensa no modifica las conclusiones del investigador, éste prepara el escrito de calificación. Según el profesor Strogovich, en el escrito de calificación se expone la convicción del investigador de que el acusado es culpable, teniendo en cuenta todo el desarrollo de la investigación. Lo corriente es que esté convencido de la culpabilidad, con fundados motivos, y

<sup>32</sup> "Examen de teorías controvertidas sobre la prueba en el proceso penal", *S. Z.*, núm. 5, 1965, pág. 85, párr. 86.

<sup>33</sup> Koblikov, A. S., *Los derechos de la defensa en la investigación preliminar*, Moscú, 1961, pág. 64.

<sup>34</sup> Davidov y Mirsky, *Sobreseimiento de las causas criminales*, Moscú, 1963, pág. 46; Savitsky, V. M., "Sobre las garantías del inocente en el derecho procesal penal", *S. G. P.*, núm. 9, 1965, pág. 48, párr. 54.

<sup>35</sup> "Examen de teorías controvertidas sobre la prueba en el proceso penal", *op. cit.*, n. 32.



“mientras el investigador no esté convencido de la culpabilidad del procesado, no puede formalizar el escrito de calificación”.<sup>36</sup>

No hay controversia en torno a los requisitos prescritos para el escrito de calificación. Lo que se discute en relación con esta fase de la investigación versa sobre el sobreseimiento “por no haber podido probar la participación del procesado en la comisión del delito” (CPC, 208 (2)). Varios son los métodos elaborados en un vano esfuerzo encaminado a distinguir entre aquellos cuya inocencia ha quedado probada afirmativamente y aquellos cuya culpabilidad no ha sido demostrada, pero según un procedimiento que permita no perjudicar la reputación de estos últimos.<sup>37</sup> La situación se halla en una confusión irremediable y completa, que cabría disipar si se aprobara la propuesta de abolir la distinción por entero. El comentarista que formuló esta idea se dio cuenta de que aquellos cuya culpabilidad no ha sido demostrada tienen que ser considerados inocentes con objeto de llevar a la práctica las disposiciones del Código que atribuyen a los órganos de investigación la obligación de probar.<sup>38</sup>

El investigador tiene que presentar al procurador tanto el escrito de calificación como el auto de sobreseimiento. Sin embargo, el procurador no adopta ninguna medida para confirmar el auto de sobreseimiento, aunque puede anularla en cualquier momento antes de que transcurra el plazo de prescripción (CPC, 210). El procurador, que ha de dar curso al escrito de calificación en el plazo de cinco días, puede confirmarlo, devolverlo para una nueva investigación, decretar el sobreseimiento de la causa, devolver el escrito para su corrección o bien revisarlo por sí mismo (CPC, 214).

Al contrario de los jueces, los procuradores no pueden ser recusados por causa de participación previa en una causa (CPC, 63). Por eso, parece probable que un procurador al cargo de una causa ha de conducir a menudo una causa hasta la fase del juicio y basarse en el conocimiento de los hechos que haya adquirido en el curso de la investigación.

El respeto judicial por la labor de investigación es probablemente reforzado por el elevado nivel que tiene la formación de los procuradores y del personal investigador. Casi todos son graduados en derecho y para 1965 era difícil hallar un investigador de procuradoría que no tuviera un diploma de estudios superiores.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Strogovich, *op. cit.*, pág. 349.

<sup>37</sup> Comentario de Leningrado, pág. 206; Dadidov y Mirsky, *op. cit.*, págs. 63 y 64; Zhogin y Fatkullin, *op. cit.*, págs. 332 a 339.

<sup>38</sup> Changuli, G., “La imposibilidad de probar la participación del procesado en la comisión del delito como motivo procesal para el sobreseimiento de una causa criminal en la fase de la investigación preliminar”, *S. Z.*, núm. 3, 1965, pág. 58, párr. 59.

<sup>39</sup> Larin, A., “Para una transformación radical de la preparación de los investigadores”, *S. Z.*, núm. 2, 1965, pág. 41.

Además, sus conocimientos especializados se completan en cursos de ampliación de estudios y en seminarios técnicos.<sup>40</sup>

La tendencia que los tribunales sentenciadores tienen a prestar una confianza inerte en la investigación preliminar tiene por resultado la presentación de quejas por transferencia innecesaria de causas al procurador para un suplemento de investigación. El Código autoriza este aplazamiento por insuficiencia de la investigación que sea insubsanable en el juicio (CPC, 232(1)). Por ejemplo, la necesidad de efectuar por expertos un examen detenido de alguna cuestión técnica justifica la reapertura de la investigación. Ahora bien, si el tribunal puede completar la causa mediante la citación de otros testigos o mediante la pronta obtención de un dictamen pericial, el juicio debe proseguir. Sin embargo, es frecuente que los tribunales aplacen las causas para nueva investigación meramente con objeto de evitar la citación de otros testigos o la necesidad de conciliar discrepancias, cuando un testigo refiere en la sala de juicio un relato distinto del expuesto al investigador.<sup>41</sup> En un editorial de *Justicia Soviética* se ha hecho observar que estos aplazamientos son explicables "no sólo porque los tribunales prevén realmente la obtención de nuevos datos, sino también por el deseo de evitar eludir la adopción de una decisión sobre la causa 'difícil' a fin de liberarse de la responsabilidad a su respecto".<sup>42</sup>

La renuencia que tienen los tribunales sentenciadores a enfrentarse con los hechos se pone también de manifiesto en casos de terco mantenimiento de un error de investigación, en los que la corrección de una flagrante injusticia sólo se efectúa en la instancia suprema:

- 1) Peter Kizilov, detenido arbitrariamente en 1958, fue condenado dos veces acusado de un salvaje asesinato y dos veces sentenciado a muerte por un tribunal regional. Dos veces fue anulada la sentencia condenatoria por la Corte Suprema de la RSFSR y solamente en la tercera investigación se desechó la confesión forzada de Kizilov, quedó establecida su inocencia y fueron descubiertos los verdaderos culpables.<sup>43</sup>
- 2) K., miembro de un equipo encargado de la vigilancia de las carreteras, tiró un fósforo al suelo. El fósforo hizo estallar un barril que había contenido gasolina, con la pérdida de una vida humana. Si bien K. desconocía y no podía conocer la existencia de este peligro, y fue él

<sup>40</sup> Baranov, L., "La elevación de las calificaciones: base para el perfeccionamiento de la actividad investigadora", *S. Z.*, núm. 7, 1964, pág. 22.

<sup>41</sup> Vorobev y Goldberg, "Contra la devolución infundada de las causas para un suplemento de investigación", *S. Z.*, núm. 10, 1964, pág. 39.

<sup>42</sup> "Para intensificar el rigor cualitativo de la investigación preliminar", *S. Yu.*, núm. 19, 1964, pág. 1, párr. 3.

<sup>43</sup> Koblikov, *op. cit.*, pág. 12.

mismo la persona más cercana a la explosión, se pronunció contra él condena por homicidio por negligencia. La Corte Suprema de la RSFSR decidió que la muerte había resultado manifiestamente de accidente y puso término al proceso.<sup>44</sup>

- 3) Shirikov, procesado por haber aceptado dádivas, delito penado con la reclusión de ocho a quince años, no fue autorizado a seleccionar libremente a su abogado y fue defendido contra su voluntad por un abogado designado por el investigador. El Tribunal Municipal de Moscú desechó el recurso presentado por Shirikov para quejarse de esta violación de sus derechos y le condenó, pero la Corte Suprema (desechando la objeción del procurador) devolvió la causa para nueva investigación y subsanamiento del error.<sup>45</sup>

Por supuesto, los magistrados de la Corte Suprema son los que tienen una conciencia más aguda de la ineficiencia de las instancias inferiores. El magistrado Gorkin, presidente de la Corte Suprema de la Unión Soviética, trató de llevar a los tribunales inferiores por el buen camino con un artículo publicado en *Izvestia*. El magistrado confirmó la importancia del juicio penal y apoyó con energía la posición adoptada por el profesor Strogovich, según el cual, independientemente de la entidad y fuerza de las pruebas de cargo, ningún procesado debe ser considerado culpable antes de que un tribunal se haya pronunciado. Strogovich respondía con ello a la afirmación de un procurador regional, según el cual la vista del juicio sirve meramente para determinar el grado de culpabilidad y la pena merecida.

El magistrado Gorkin censuró a los tribunales sentenciadores que no cumplen con su obligación de analizar los datos obtenidos por la investigación y "siguen ciega y alucinadamente el escrito de calificación que, en realidad, se limitan a confirmar".<sup>46</sup> Procuró estimular las críticas judiciales con la observación de que no todas las absoluciones o devoluciones para suplemento de investigación se han de considerar como una crítica de la calidad de la investigación preliminar. El magistrado afirmó además que no puede haber retorno a los métodos del "culto de la persona" cuando los órganos de investigación determinaban en efecto si eran culpables las personas acusadas de delitos contra el Estado.

Ahora bien, es dudoso que las exhortaciones puedan rectificar el desequilibrio del procedimiento penal soviético y el artículo de Gorkin ha sido seguido por sugerencias en favor de una modificación

<sup>44</sup> *Ibid.*, pág. 33.

<sup>45</sup> Boletín de la Corte Suprema de la RSFSR, núm. 3, 1965, pág. 12.

<sup>46</sup> Gorkin, A., "La administración socialista de justicia", *Izvestia*, 2 de diciembre de 1964, pág. 3.

del procedimiento con objeto de robustecer los tribunales sentenciadores.<sup>47</sup>

La concentración de facultades y funciones en la persona de los investigadores soviéticos (pueden dictar y expedir los autos de procesamiento, decretar la detención de un individuo y su transferencia a órganos no judiciales, formalizar los escritos de calificación y dictar autos de sobreseimiento) es intensísima, aparte la desventaja suplementaria de la incompetencia judicial durante la fase de la investigación. Difícil será lograr que haga un viraje el dilatado proceso de socavamiento de los tribunales y de fortalecimiento de los órganos investigadores en detrimento de los judiciales si no se produce una restauración considerable de la autoridad judicial.

## II LA DETENCIÓN EN PRISIÓN PREVENTIVA EN HUNGRÍA

por

MICHAEL CSIZMÁS \*

El desenvolvimiento del derecho húngaro en los momentos presentes se caracteriza sin duda alguna por una lucha pertinaz que presenta un doble aspecto: por una parte, se halla entablada la discusión en términos sumamente serios acerca de un pasado todavía reciente y, por otra parte, es manifiesto el anhelo de ver consolidadas las garantías jurídicas en forma que impidan en lo sucesivo toda reincidencia en las ilegalidades cometidas.

En este proceso, que se halla íntimamente ligado con el desenvolvimiento político, económico y social del país, todo cuanto afecta a la administración de justicia en materia penal viene a situarse implícitamente en el centro del interés general. Y este interés no es cosa que haya surgido casualmente. En el curso de las dos últimas décadas, la política llegó en dos ocasiones – durante el período del culto de la personalidad y a raíz de la represión del levantamiento popular de 1956 – a sobreponerse por completo a la justicia y a la función jurisprudencial. El procedimiento penal, sistemáticamente encauzado hacia la opresión, la coacción, la violencia y, por ende, hacia unas medidas de represión agravadas que presentaban todas las formas posibles, implicaba, ya durante la fase preliminar de los procesos, los mayores peligros para el acusado. Los mayores y más crasos abusos de esos tiempos se han perpetrado precisamente en el curso de las pesquisas y de la prisión preventiva.

<sup>47</sup> Rakhunov, R., "La legalidad y la administración de justicia", *Pravda*, 22 de septiembre de 1965.

\* Dr. jur., colaborador científico del *Schweizerischer Ost-Institut* (Instituto Suizo de Estudios sobre Europa del Este), Berna.

## 1. Ilegalidades perpetradas durante los períodos que abarcan los años 1949 a 1953 y 1956 a 1962

El primer período de ilegalidades perpetradas en la administración de justicia de la democracia popular húngara (que abarca los años 1949 a 1953) se declaró definitivamente fenecido con fecha 16 de agosto de 1962 en virtud del acuerdo adoptado por el Comité Central del Partido Socialista Obrero Húngaro (PSOH) sobre "la terminación de los procesos ilegales seguidos contra los afiliados al movimiento obrero durante los años del culto de la personalidad".<sup>1</sup> En dicho acuerdo se hacía constar que durante el período en cuestión se habían sustanciado procesos penales que "han vulnerado la legalidad socialista". Los responsables de los referidos procesos penales se vieron en parte expulsados del partido por el Comité Central o, en todo caso, fueron separados de los cargos que venían ejerciendo en el ámbito de la Inspección del Partido, del Departamento del Interior, del Ministerio Público o de la Administración de Justicia, en tanto que no pudieron acreditar un error excusable.

En una resolución de principio del Tribunal Supremo se hace constar: "Anteriormente (es decir, antes de 1953) en muchas de las causas criminales que hubo de examinar el Tribunal por haberse interpuesto recurso por infracción de ley, aparecía el recurso fundado en la circunstancia de que, durante la fase indagatoria preliminar se había tramitado el procedimiento de un modo unilateral y que los hechos alegados por el acusado para su defensa no habían sido objeto de indagación alguna o que las indagaciones efectuadas acerca de los mismos habían sido insuficientes."<sup>2</sup>

Un reputado juriconsulto húngaro, el Profesor Tibor Király, opina que, como es sabido, la actuación de los órganos pesquisidores antes de 1956 se caracterizaba por el afán de mantener al defensor alejado del detenido. Estas tendencias llegaron finalmente

<sup>1</sup> *Népszabadság* (Budapest) de 17 de agosto de 1962: "Resolución sobre la terminación de los procesos ilegales seguidos contra los afiliados al movimiento obrero durante los años del culto de la personalidad." Véase también *Pártélet* (Budapest) núm. 9/1962: El Comité Central dispuso la expulsión del partido de 17 personas que habían incurrido en responsabilidades de carácter político o dimanadas de la ejecución de procedimientos ilegales en calidad de fiscales, jueces o magistrados o funcionarios o agentes de la seguridad del Estado; entre los mismos figuraban: Gyula Alapi (ex-fiscal), Vilmos Olthy (que había sido presidente de un tribunal en Budapest y presidió la comisión judicial que tramitó los procedimientos seguidos contra el Cardenal Mindszenty y el Arzobispo Gröss), István Timar (Vicepresidente del Tribunal Supremo), Ferenc Ledényi y 6 magistrados del Tribunal Supremo, Ferenc Ando (Viceministro de Justicia) y otros. Véase también: *Boletín de la Comisión Internacional de Juristas*, núm. 15, abril de 1963, págs. 43 a 45.

<sup>2</sup> Véase *A büntető perrendtartás* (La Ley de Enjuiciamiento Criminal), Budapest, 1962, pág. 6.

a limitar el derecho de defensa o incluso hasta el extremo de intimidar a los defensores intentando de ese modo disuadirles de que se encargasen de las defensas. Esto naturalmente ha influido desfavorablemente, no sólo sobre la situación de los defensores, sino también sobre la de los inculcados y, en último término, ha causado gravísimo perjuicio a la Justicia y a la Sociedad.”<sup>3</sup>

Será difícil hallar un testimonio más severo acerca de la época del culto de la personalidad en la Administración de Justicia húngara que el emitido por el entonces Ministro de Justicia Erik Molnár en los siguientes términos: “En el pasado teníamos normas procesales consignadas en las leyes, cuya fiel aplicación hubiera impedido las ilegalidades. Pero – frecuentemente, a consecuencia de instrucciones reservadas – dichas normas no eran observadas. Así ocurría, por ejemplo, que las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para protección de la libertad personal no eran fielmente aplicadas y en toda la Administración de Justicia el derecho a la defensa era frecuentemente una pura formalidad. . .”<sup>4</sup>

El Gobierno de Imre Nagy trató, durante su breve existencia, de restablecer la seguridad jurídica y de garantizar la observancia de la legalidad. En su programa de Gobierno anunció con fecha 4 de julio de 1953: “El ordenamiento jurídico de la Democracia Popular es incompatible con la justicia policiaca que, en el fondo, no es otra cosa que la unión del órgano pesquisidor y del juez en una sólo persona. El número crecido de procesos, los métodos administrativos aplicados en gran escala, han contribuido, con otras injusticias, a herir el sentimiento del derecho de la población, a quebrantar su confianza en las leyes. Sin duda alguna ha influido también en todo eso la circunstancia de que nosotros no hemos observado la Constitución en todos los puntos. Además, nos consta que ha habido personas que fueron inducidas a error, que entraron en conflicto con las leyes por razón de contravenciones de más o menos importancia, con las cuales se cometieron injusticias, o que fueron injustamente tratadas por el hecho de que nuestras autoridades no siempre tenían presentes los principios constitucionales que garantizan los derechos, la libertad personal y la seguridad de los ciudadanos.”<sup>5</sup> Entre otras medidas, mandó Imre Nagy suprimir los campos de internamiento; además propuso la creación de una Fiscalía Suprema, llamada a constituirse en primer guardián del ordenamiento jurídico y de los derechos constitucionales.

El siguiente período de ilegalidades en la administración de justicia húngara en materia penal está en conexión con la severísima represión contra los participantes en el levantamiento popular

<sup>3</sup> Király, Tibor, *A védelem és a vedő a buntető ügyekben* (La defensa y el defensor en cuestiones criminales), Budapest, 1962, pág. 6.

<sup>4</sup> *Szabad Nép* (Budapest) de 26 de junio de 1956.

<sup>5</sup> Véase el precitado periódico de 5 de julio de 1953.

del año 1956. Las verdaderas dimensiones de las arbitrariedades cometidas por los órganos de represión sólo pueden determinarse, hasta la fecha, en sus contornos. De las informaciones oficiales se infiere, no obstante, que – al igual de lo que acaeció en el período del culto de la personalidad – la inmensa mayoría de las acciones ilegales coincidió con la fase pesquisidora y con el período de prisión preventiva. Numerosos artículos del órgano de información interna del Ministerio del Interior *Magyar Rendör* (El policía húngaro) hicieron referencia a las infracciones a la Ley de Enjuiciamiento Criminal cometidas por los órganos pesquisidores contra las personas de los detenidos.<sup>6</sup> Según esas informaciones, resulta que el Ministerio Público perdió en aquel tiempo todo control sobre los procedimientos criminales y la observancia de la legalidad. Los órganos ejecutivos de los servicios de seguridad del Estado y los destacamentos especiales mandados por oficiales del Ejército se negaban, según parece, a observar los preceptos más esenciales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta etapa queda claramente caracterizada con sólo recordar una declaración del jefe de la capitania de policía del Comitát de Veszprem. Cuando la representación del Ministerio Público hizo constar ante el mismo el incumplimiento por su parte de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se limitó a contestar bruscamente: “Actualmente imperan la legalidad y la necesidad revolucionarias”.<sup>7</sup>

El Fiscal General Sr. Géza Szénási llegó incluso a admitir en una interview que tuvo lugar el 30 de marzo de 1957 la certeza de

<sup>6</sup> *Magyar Rendör* (Budapest) de 6 de julio de 1957: Fundándose en el principio “el fin justifica los medios”, se considera como cosa secundaria la observancia de la legalidad, mirándola incluso como una traba, Zoltán Tamás, superintendente de Policía, ha llegado a declarar en más de una ocasión, que la redacción de las resoluciones con arreglo a lo prescrito en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debe considerarse más que como una mera exigencia burocrática y que la pretensión del Ministerio Público de que se observe la legalidad no ha de mirarse sino como un ergotismo.” Véase: *Magyar Rendör* (Budapest) de 16 de marzo de 1957: “El teniente Földes, jefe de una subsección de Policía Criminal de Darog se solía quejar de que con cierta frecuencia le dejaban sobre su mesa de ocho a diez sumarios. En los mismos no aparecían o apenas se encontraban indicios de criminalidad, pero los interesados estaban ya encarcelados. . . . Tomando por pretexto la “legalidad revolucionaria” se cometen excesos. Se detienen personas que debieran dejarse en libertad y hay quienes no se arredran de emplear procedimientos brutales. . . . Experiencias personales confirman que la manera como se efectúan los interrogatorios constituye una ofensa ininterrumpida contra el honor.” Véase asimismo *Magyar Rendör* de 30 de marzo de 1957: “En algunas localidades, los órganos de la policía han prohibido al Fiscal de penetrar en los calabozos de la policía. El Ministerio público encontró en los calabozos de la jefatura de policía del Comitát de Borsol el 24 de enero de 1957, 32 personas que habían sido detenidas ilegalmente. Una situación análoga se evidenció en la jefatura de policía del Comitát de Veszprem.” Véase *ibid.*: 16 de febrero de 1957: 91 detenciones en la ciudad de Szentes.

<sup>7</sup> *Magyar Rendör* (Budapest) de 30 de marzo de 1957.

las ilegalidades cometidas en el curso de las pesquisas: "Numerosos ejemplos procedentes de los meses pasados demuestran que durante el período indagatorio no está suficientemente asegurado el respeto a la exigencia de la defensa formal y material. El criterio consistente en considerar por sí sola la confesión del inculcado como prueba decisiva resulta inadmisibles, puesto que, en consecuencia de la misma, el pesquisador se ve impulsado, en interés de obtener una confesión, a no arredrarse de aplicar medios ilícitos para conseguirla. Infiere asimismo desfavorablemente en las buenas relaciones con el pueblo la circunstancia de que en el curso de las indagaciones quedasen vulneradas en muchos casos esas garantías jurídicas cuya observancia constituye un requisito ineludible con arreglo a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. El hecho de que en la mayoría de los casos los procedimientos penales comiencen por la detención no deja de constituir en nuestros días un fenómeno sensacional."<sup>8</sup>

Como fase terminal de esa era pueden considerarse las disposiciones oficiales del Gobierno húngaro encaminadas a incrementar las garantías inherentes a la jurisprudencia mediante la reforma de la legislación penal y del procedimiento criminal.<sup>9</sup> Finalmente, el presidente del Consejo de ministros, Sr. János Kádár, anunció con fecha de 21 de marzo de 1963 la promulgación de un decreto de amnistía. En dicha amnistía estuvieron comprendidas, tanto quienes habían participado en la revolución de 1956, como asimismo aquellas otras personas que, en la época del stalinismo, habían abusado de sus atribuciones y habían vulnerado la "legalidad socialista".<sup>10</sup>

## 2. La prisión preventiva en el derecho vigente

La Ley de Enjuiciamiento Criminal húngara - Decreto-Ley núm. 8/1962<sup>11</sup> garantiza en su artículo 3, inciso segundo que "nadie podrá ser privado de su libertad personal, salvo en los casos determinados por la Ley y nunca en forma distinta de la establecida por la Ley." "A los ciudadanos sólo podrá privárseles de su libertad personal en virtud de sentencia firme." A modo de disposición excepcional permite la Ley de Enjuiciamiento Criminal la limitación de la libertad personal antes de dictarse la sentencia judicial y de haber ésta quedado firme. Para este caso determina la ley los requi-

<sup>8</sup> Véase nota núm. 7.

<sup>9</sup> Véase la Ley V de 1961 sobre el Código Penal de la República Popular Húngara: *Strafgesetzbuch der Ungarischen Volksrepublik*, Budapest, 1963; Decreto del Consejo Presidencial de la República Popular núm. 8 de 1962 sobre interpretación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *Magyar Közlöny* (Budapest), núm. 33/1962. Para información más detallada referente al procedimiento criminal: Decreto del Consejo Presidencial núm. 9 de 1959 sobre el Ministerio Público de la República Popular Húngara, *Magyar Közlöny* (Budapest) de 28 de marzo de 1959.

<sup>10</sup> *Népszabadság* (Budapest) de 22 de marzo de 1963.

<sup>11</sup> Véase nota núm. 9.



sitos que han de concurrir en la privación de libertad del inculpado y dispone que la detención preventiva durante el período indagatorio requerirá la conformidad del Fiscal. El arresto preventivo sólo podrá ordenarse si el inculpado resultare sospechoso de haber cometido un delito castigado con una pena privativa de libertad. Con arreglo a la ley, la detención está justificada en el caso de haber hechos punibles previamente probados o de una sospecha fundada.

Podrá ordenarse la detención preventiva en los casos siguientes:

- a) cuando no fuere posible determinar la identidad del inculpado sorprendido en flagrante;
- b) cuando existiere peligro de huida o cuando el inculpado fuere fugitivo;
- c) cuando hubiere peligro de oscurecimiento;
- d) si durante el período indagatorio el inculpado cometiere un nuevo delito o cuando fuere de temer que, en el caso de ser puesto en libertad, cometiere el delito intentado o planeado o un nuevo delito;
- e) cuando, por la índole del delito cometido, la puesta en libertad del inculpado fuere susceptible de dar lugar a perturbaciones del orden público.

Hasta el momento de presentarse el escrito de acusación, la detención preventiva podrá ser ordenada o, en su caso, dejada sin efecto por el Fiscal o, con la anuencia del mismo, por la autoridad pesquisidora que le está subordinada, pero una vez presentado el escrito de acusación, será de la exclusiva incumbencia del Tribunal ordenar o disponer que quede sin efecto la detención preventiva. (Artículo 121, apartado 1 a 3). La resolución que se dicte a tales efectos requerirá la forma escrita y habrá de ser fundamentada. Si el inculpado fuere empleado de una autoridad estatal, se notificará de inculpa a esta última la iniciación del procedimiento indagatorio (Artículo 115, apartado 5). Se dará también cuenta inmediata de la misma a los familiares del detenido (Artículo 121, apartado 4). La duración de la prisión preventiva será regularmente de un mes y podrá prolongarse por otros dos meses por acuerdo del Jefe de Fiscalía competente (Artículo 123, apartado 1). Toda prolongación por más tiempo requerirá forzosamente el acuerdo del Fiscal General (Artículo 123, apartado 2). Cuando al tiempo de presentarse el escrito de acusación, el inculpado hubiere ya sido objeto de detención preventiva, incumbirá al Tribunal resolver acerca de la continuación de la misma dentro del término de 15 días en sesión preparatoria (Artículo 124, apartado 1).

En una conferencia que tuvo lugar en la Unión de Juristas Húngaros, el Jefe de Fiscalía, Sr. István Kovács<sup>12</sup> observó que la regulación establecida por las leyes vigentes con respecto a la duración de la prisión preventiva da lugar en la práctica a determinadas dificultades. Ocurre, por ejemplo, que en los procedimientos

<sup>12</sup> *Magyar Jog* (Budapest) 1964, núm. 5, pág. 233.

penales, en los cuales la detención se efectúa inmediatamente, la autoridad pesquisidora carece prácticamente del tiempo necesario para llevar a cabo las averiguaciones pertinentes. Conforme al artículo 123 en su apartado primero, la detención preventiva puede prolongarse hasta la sesión preparatoria del tribunal, pero todo lo más por un mes. Con arreglo al artículo 165 en su apartado segundo, dispone el Fiscal de 15 días con cargo a dicho período y a tenor del artículo 124 en su apartado primero se reservan a favor del tribunal otros 15 días para el desempeño de sus respectivas funciones averiguatorias. Así se explica que la prórroga del período de detención preventiva no se solicite exclusivamente en causas criminales de reconocida complejidad, sino, de hecho, en todos los casos. Esta posibilidad, que originariamente fue considerada como una limitación de carácter excepcional de los derechos ciudadanos, ha venido en realidad a transformarse en una práctica generalizada.

La protección legal contra la eventualidad de malos tratos, interrogatorios coercitivos o detención ilegal aparece garantizada en los artículos 145 a 147 del Código Penal<sup>13</sup>. La indemnización con motivo de detención preventiva sufrida sin culpa del interesado se encuentra regulada en los artículos 293 a 295 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con arreglo a estas disposiciones puede el perjudicado instar que se le conceda una indemnización proporcionada siempre que concurren determinadas condiciones. Sólo habrá lugar a conceder plenamente una indemnización de daños y perjuicios, cuando la detención haya sido manifiestamente ilegal y asimismo constitutiva de un hecho que implicare responsabilidad para el funcionario que la haya ordenado. En tal supuesto cabe formular una demanda judicial con arreglo al artículo 349 del Código Civil.<sup>14</sup> La indemnización con motivo de prisión o detención preventiva sufrida por el interesado sin culpa alguna de su parte, da por supuesto que ésta haya sido ordenada por un órgano pesquisidor, por el Ministerio Público o por un Tribunal de Justicia. Queda excluida toda posibilidad de concederla, cuando el detenido hubiere eludido el procedimiento mediante evasión, si hubiere dado lugar en cualquier otra forma a la frustración de las actuaciones o si, por su propia culpa, se hubiera hecho sospechoso. En los casos de detención o prisión preventivas habrá de presentarse la demanda de indemnización ante el Tribunal del comitát en cuya demarcación radicare la autoridad pesquisidora o a la fiscalía que hubiera promovido el procedimiento penal. La resolución definitiva acerca de la indemnización corresponde al Ministro de Justicia<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Véase nota núm. 9.

<sup>14</sup> Ley IV del año 1959 relativa al Código civil de la República Popular Húngara, *Magyar Közlöny* (Budapest), núm. 82/1959.

<sup>15</sup> Brunner, Georg: *Die Staatshaftung in Ungarn* (La responsabilidad del Estado en Hungría), Colonia 1965, pág. 22.

Cada año son detenidas en Hungría de 40 a 70.000 personas a base de acusación pública. Pero ulteriormente, la detención sólo resulta justificada para un número de ellas que oscila entre 30 y 60.000. Unas 5 a 13.000 personas se ven encarceladas, sin que una sentencia ulterior venga a sancionar la pérdida de libertad. El número de las absoluciones comparado al de las condenas correspondientes a todas las causas criminales tramitadas resulta todavía más sorprendente. Entre 100 acusados sólo 40 a 60 de entre ellos llegan a ser condenados. Los datos estadísticos siguientes demuestran la relativa frecuencia con que todavía se presentan denuncias infundadas y acusaciones falsas.<sup>16</sup>

*Número de personas que han sido condenadas en procedimientos judiciales terminados por sentencia firme, promovidos por vía de acusación pública.*

	1958	1959	1960	1961	1962	1963
Acusaciones formuladas	73.144	72.933	55.700	56.652	59.787	37.915
Sobreseimientos,						
Absoluciones	13.319	13.988	9.097	8.501	9.232	4.294
Condenas	59.825	58.965	46.603	48.151	50.555	33.621
Número de condenados expresado en el tanto por ciento de acusados	80,2%	80,1%	82,4%	85,0%	84,6%	88,7%

*Tanto por ciento de todos los acusados que corresponde al número de condenados*

1953	1954	1955	1956	1957	1958	1959	1960	1961	1962	1963
60,3	56,1	56,5	53,9	43,2	51,0	51,0	48,5	46,9	48,7	41,9

### La defensa material y formal durante la detención preventiva

Con arreglo a lo estatuido en el apartado segundo del artículo 40 de la Constitución<sup>17</sup> y de conformidad con el artículo 7, apartado segundo, de la Ley II/1954 sobre Organización judicial<sup>18</sup> todo inculcado tiene derecho a la defensa en el curso del procedimiento judicial. Por una parte, tiene el inculcado en todas las fases del procedimiento la posibilidad de atender por sí mismo a su defensa en alguna de las formas previstas por la ley o de recabar la asistencia de un defensor (defensa formal), por otra parte, están obligadas las autoridades judiciales durante todo el procedimiento a averiguar, no solamente las circunstancias agravantes, sino también las atenuantes y a ponderarlas recíprocamente (defensa material). El artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prescribe taxativamente, que las autoridades que actúen en cuestiones penales

<sup>16</sup> *Statisztikai Evkönyvek* (Anuarios Estadísticos), Budapest 1949, pág. 379.

<sup>17</sup> *Die Verfassung der Ungarischen Volksrepublik* (La Constitución de la República Popular Húngara), Budapest, 1949, pág. 15.

<sup>18</sup> Ley II del año 1954 sobre Organización Judicial de la República Popular Húngara; *Hatályos jogszabályok gyűjteménye* (Colección de prescripciones de derecho vigentes), Vol. I, 1945-1958, Budapest, 1960, pág. 25.

están obligadas en cualquier estado del procedimiento a aclarar y tener debidamente en cuenta, tanto las circunstancias que impliquen cargos contra el inculpado, como las que puedan invocarse en descargo del mismo, así como las circunstancias agravantes y atenuantes. Durante la indagación, los órganos encargados de la misma habrán de atenerse estrictamente a estas prescripciones. También el artículo 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone en su apartado segundo: "Al inculpado se le interrogará circunstanciadamente y se le dará la posibilidad de exponer sus declaraciones en forma coherente a la defensa."

Una encuesta realizada hace poco por el Instituto Nacional de Estadística Criminal ha logrado comprobar los hechos siguientes por lo que respecta a la observancia por parte de las autoridades pesquisadoras de la obligación arraigada en las leyes de atender a la "defensa material"<sup>19</sup>: Se ha dado el caso, por ejemplo, tratándose de causas criminales seguidas en virtud de imputaciones falsas que, en 20 por ciento de los casos, los datos aportados por el inculpado para su defensa al efectuarse su interrogatorio, no han sido ni siquiera examinados. Tampoco se ha hecho nada para aclarar las contradicciones existentes entre los datos aportados por el inculpado y otras indicaciones.

Según pudo comprobar la precitada encuesta, la situación era la misma por lo que respecta a las indagaciones practicadas en las causas seguidas por declaraciones falsas. Tratándose de esta categoría de delitos, los alegatos aportados por el inculpado para su defensa no son objeto de examen ni comprobación alguna en una tercera parte de los casos. Según el informe emitido por el referido Instituto acerca de la encuesta, "esta circunstancia se explica por el hecho de que, si por un lado no se concede importancia alguna a la defensa del inculpado, por otro lado, se cree simplemente en la veracidad de esa defensa y no se revisa."

Estas faltas son tanto más trascendentales, que tratándose de delitos de esa categoría las indagaciones están a cargo de miembros del ministerio público con formación universitaria que por consiguiente están en condiciones de interpretar las normas jurídicas con mayor precisión que los funcionarios de investigación criminal de la Policía que poseen una formación más compendiada. Según lo comprobado por el Instituto de Estadística Criminal, cabe atribuir a la Policía un porcentaje mayor de faltas. En la práctica, esto significa un mayor número de casos en los que ha sido menoscabada la "defensa material". Como dice el informe, no es tan sólo la objetividad de la función investigadora la que aparece puesta en cuestión a consecuencia de esas prácticas de los órganos pesqui-

<sup>19</sup> Véase Balog, Janos: *Az igazság a büntető eljárásban* (La verdad acerca del procedimiento criminal), *Jogtudomány Közlöny* (Budapest), 1965, núm. 6, pág. 285.

dores por el hecho de hacerse constar exclusivamente los elementos esenciales para la inculpación, sino que con todo eso se dilata considerablemente la terminación del proceso.

La infracción de las prescripciones legales por parte de los órganos pesquisidores obliga en muchos casos a la práctica de ulteriores informaciones complementarias. Según ha podido comprobar el Instituto, en un 75 por ciento de los casos en los cuales se hace necesario completar las pesquisas, ha influido de un modo determinante el hecho de no haberse tenido en cuenta en relación con la defensa del acusado cuestiones que forman parte integrante de los hechos que sirvieron de base para la instrucción del sumario. También sobre el aplazamiento de los juicios orales influyen notoriamente las informaciones supletorias acordadas con el fin de completar las pesquisas. En el curso del segundo semestre de 1962 y durante el primer semestre de 1963, un 13,8 por ciento de los juicios orales hubieron de aplazarse ante la necesidad de practicar informaciones complementarias a los fines expuestos.

Según el Profesor Tibor Király, el concepto de la llamada "defensa material" está llamado a caer en desuso:<sup>20</sup> "data de una época, en la cual el ámbito propio de las funciones del procedimiento no había quedado aún bien demarcado. Hoy en día, dicho concepto no desempeña otra función que la consistente en recordar a las autoridades su deber de imparcialidad, veracidad y legalidad. Es ésta una función esencialmente didáctica y pedagógica. Si verdaderamente no hay otro medio hábil para recordar sus deberes a las autoridades y encauzarlas hacia el debido cumplimiento de los mismos, no parece que exista inconveniente para dejar que subsista en lo sucesivo la denominación de la defensa material."

La defensa "formal" del inculpado se efectúa con arreglo a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sea encargándose el interesado de su propia defensa, sea recabando la asistencia de un defensor. Pueden actuar como defensores los letrados asesores de los colectivos, los abogados, como asimismo las personas mayores de edad circunstancialmente enunciadas en el artículo 114 del Código Penal, en tanto que el inculpado haya de responder de los hechos imputados ante el Juzgado de primera instancia y no haya motivo para prever la imposición de una pena privativa de libertad de más de cinco años de duración y, en último término, aquellas personas que puedan ser designadas a esos efectos en virtud de una habilitación legal especialmente conferida.

El defensor viene obligado a ilustrar al inculpado acerca de los medios legales de defensa y a instruirle sobre los derechos que le corresponden con arreglo a la ley. Está llamado a ilustrar a la

---

<sup>20</sup> Compárese la obra citada en la nota 3, pág. 138.

autoridad pesquisadora, así como a los tribunales, acerca de las circunstancias susceptibles de ser invocadas en descargo del acusado y propias para atenuar su responsabilidad; tiene además la obligación de hacer uso sin tardanza en interés del inculpado de cuantos medios y métodos legales de defensa tenga a su alcance.

En las causas criminales tramitadas ante la jurisdicción ordinaria, lo mismo que en las que se sustancien ante la jurisdicción militar, y siempre que así proceda con arreglo al decreto-ley núm. 34 de 1957<sup>21</sup>, el acusado sólo podrá ser asistido por un abogado de los que figuren en una lista establecida a esos fines por el Ministro de Justicia. Existe además otra lista concerniente a la defensa ante los tribunales militares.

El defensor está facultado en todas las fases del proceso, para intervenir de palabra o por escrito en favor del acusado. Sólo tendrá derecho a examinar por sí mismo las actuaciones sumariales después de terminado el período indagatorio; antes de dicho momento procesal sólo podrá obtenerlo, cuando el hecho de que se le dé vista de las actuaciones no implique riesgo alguno para el éxito de las pesquisas (Artículo 41, apartado primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La ejecución de estas disposiciones legales ha sido objeto de una regulación detallada de una Instrucción del Fiscal General núm. 7/1963 sobre los derechos del defensor durante el período indagatorio y la detención en prisión preventiva del acusado<sup>22</sup>. Con arreglo a dicha Instrucción, será preciso designar un defensor ya durante el período indagatorio, siempre que sea obligatoria con arreglo al artículo 38, apartado primero, incisos a) a f), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la intervención de un defensor en la vista principal de la causa. La intervención de defensor en la vista principal de la causa (o sea, en el juicio oral que precede al fallo) será obligatoria en los casos siguientes:

- a) cuando la ley prevea una pena privativa de libertad de más de cinco años de duración, o cuando el acusado se encuentre detenido en prisión preventiva;
- b) cuando el acusado no domine suficientemente la lengua húngara;
- c) cuando se haya previsto el ingreso forzoso del acusado en un establecimiento de asistencia médica;
- d) cuando el Tribunal celebre el juicio oral, en la acepción del apartado cuarto del artículo 198 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en ausencia del inculpado;
- e) cuando sea el Fiscal quien represente a la parte acusadora en el acto del juicio oral.

El punto 69, en su apartado 4, de la Instrucción del Fiscal

<sup>21</sup> *A büntető eljárás* (El procedimiento criminal), Budapest, 1962, pág. 210.

<sup>22</sup> *Ugyvédi Közlöny* (Budapest) 1964, núm. 1, pág. 5.

General<sup>23</sup> no dice categóricamente, que en el curso del procedimiento indagatorio preliminar sea necesario en todo caso promover el nombramiento de un defensor, sino que en tales casos procede, por regla general, efectuar la designación de un defensor. El nombramiento de defensor se deja, por consiguiente, al arbitrio del órgano pesquisador. En estos casos, incumbe a la autoridad pesquisadora si los motivos que, con arreglo el artículo 38, en su apartado primero, exigen la intervención de un defensor en el acto del juicio oral son también de tal fuerza durante el período indagatorio, que hacen necesario el nombramiento de un defensor.

Se colige que la designación de un defensor sólo aparece impuesta de un modo ineludible en el caso de concurrir las circunstancias previstas en el apartado tercero del artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (enfermedad mental etc.). Si después de haber sido interrogado como sospechoso o de haber confesado su delito, el inculcado comunicare a la autoridad pesquisadora, en vista de la indicación correspondiente, su propósito de recabar la asistencia de un defensor o soliciare que se le designe de oficio, vendrá obligada la autoridad pesquisadora, ante el deseo manifestado por el inculcado detenido, a comunicarlo sin demora al defensor que éste hubiera designado o a oficiar al Colectivo de Abogados a los efectos oportunos. En tales casos habrá de permitirse al detenido que dé personalmente al defensor las explicaciones relativas a su mandato u otorgue el poder correspondiente. Siempre que el inculcado solicite la designación de un defensor, transmitirá la policía al Fiscal competente, dentro de las veinticuatro horas, un duplicado del atestado comprensivo de las indagaciones correspondientes.

Con motivo de la sustanciación de la incidencia de la designación de defensor, el Fiscal viene obligado a dirigir, dentro del término de tres días, una instancia al presidente del Tribunal de Primera Instancia competente sometiéndole las actuaciones correspondientes a las indagaciones practicadas. El Sr. Ferenc Kratochwill entiende que existe un vacío en la legislación que regula la posibilidad de nombrar defensor durante el período de instrucción sumarial.<sup>24</sup> Dice textualmente: "De la confrontación de ambas disposiciones - la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Instrucción del Fiscal General - cabe colegir que no existe obligación de instar el nombramiento de un defensor en cada caso en que lo pida el inculcado, ni siquiera en el supuesto de que la intervención del defensor en el acto del juicio oral sea obligatoria. A su modo de ver, lo que interesa conseguir, por constituir una exigencia dimanada del imperativo de la legalidad es que el criterio que ha de regir en

<sup>23</sup> *Op. cit.*

<sup>24</sup> *Magyar Jog* (Budapest), 1964, núm. 1, pág. 9.

cuanto a la aplicación de los preceptos legales garantizados sea objeto de deliberación con la menor frecuencia posible. Y concluye: "Estaría más indicada la solución con arreglo a la cual, siempre que concorra alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos a) a e) del apartado primero del artículo 38, será obligatoria la designación de un defensor a instancia del inculcado o de sus próximos parientes ya durante el período indagatorio y se admitiría la posibilidad de deliberar acerca de la pertinencia de tal designación en los casos en que el inculcado no solicitare defensor."

A este respecto, merece también ser tenida en cuenta la siguiente manifestación del Fiscal General, Sr. Karoly Czendes<sup>25</sup>: "No cabe afirmar, que el criterio conforme al cual el defensor es un mal necesario que es forzoso aceptar en los procedimientos penales, pertenezca ya totalmente en estas fechas a los tiempos pretéritos. Este modo de ver tan perjudicial demuestra, que quienes lo sustentan ponen en duda la buena disposición para prestar su ayuda y la eficiencia de la intervención del defensor en las actuaciones procesales."

### **Las relaciones personales con el inculcado que se encuentra detenido en prisión preventiva**

Con arreglo al derecho vigente, le está reconocido a toda persona que se encuentre detenida en prisión preventiva el derecho a tratarse libremente con su defensor, lo mismo durante la referida detención preventiva, que en el curso del juicio oral. Cuando el inculcado se encuentre en libertad al tiempo de practicarse las diligencias averiguatorias, es evidente que no hay problema. Pero si éste se halla detenido preventivamente, el trato con su defensor, aún cuando le está permitido en principio, puede también ser objeto de restricciones.

Por lo que respecta al trato con el mundo exterior de la persona que es objeto de detención preventiva, hay que tener en cuenta las disposiciones del artículo 125 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a tenor de las cuales la correspondencia de los detenidos en prisión preventiva y su trato con otras personas deberán someterse a vigilancia. Toda comunicación requiere la autorización del Fiscal competente o, cuando el inculcado fuere objeto de detención gubernativa, la que tenga a bien concederle el jefe del órgano correspondiente de la Policía.

Según la Instrucción del Fiscal General<sup>26</sup>, el jefe del órgano

<sup>25</sup> Véase Czendes Károly: *A büntető jogalkalmazás jogpolitikai elvei* (Los principios axiomáticos de derecho político para la aplicación del derecho penal), *Magyar Jog* (Budapest), núm. 10, pág. 435.

<sup>26</sup> Véase nota núm. 22.



correspondiente de la Policía o el Fiscal competente habrán de sopesar, antes de conceder la autorización, si la comunicación con el mundo exterior implica o no implica un riesgo para el éxito del procedimiento. Conforme a la interpretación oficial de la Instrucción puede surgir un riesgo para el éxito del procedimiento, cuando no se hubiera conseguido todavía aclarar la cuestión de hecho y fuera necesario obtener otras pruebas con respecto al inculpado. En este caso, el trato del detenido con su defensor sólo podrá efectuarse bajo vigilancia, es decir, en presencia de un funcionario que esté al tanto de la materia objeto de las averiguaciones.

Sólo después de dictada la resolución que pone término al período indagatorio, es cuando se le permite al detenido en prisión preventiva comunicarse con su defensor sin vigilancia.

Acerca del aspecto que realmente presenta el trato del defensor con su patrocinado, ha sido posible sacar de una información del Secretario General de la Cámara de Abogados de Budapest, Sr. Laszlö Kárpáti, los datos siguientes<sup>27</sup>: "Es preciso decir con toda franqueza que, a nuestro juicio, topamos con harta frecuencia con un criterio exageradamente cerrado. La práctica consistente en negarse a dar la más mínima información invocando el interés de la indagación y de impedir, por lo general, todo trato con el inculpado detenido, debería ser objeto de revisión. No cabe silenciar, que la posibilidad de comunicarse con el detenido, incluso después de terminado el período indagatorio y de redactado el escrito de acusación, es objeto de limitaciones completamente contrarias a los fines de defensa. Ingresan en prisión preventiva las personas inculpadas de haber cometido delitos graves. Pero, precisamente en esas causas criminales en que se solicitan penas graves por la acusación, que por tal motivo exigen un esfuerzo acrecentado por parte de la defensa, ocurre que - debido al carácter ilusorio de la comunicación del defensor con su patrocinado - la labor preparatoria de la defensa no pasa de ser, por así decirlo, teórica. Las posibilidades de que actualmente dispone el defensor para comunicar con su patrocinado - de diez a quince minutos cada ocho días - no le permiten llegar a conocer antes del juicio oral mediante una conversación detenida con el cliente, las conexiones que necesaria e ineludiblemente existen entre los hechos, así como las circunstancias personales del inculpado y los motivos que le han inducido a cometer el delito, con aquella extensión, sin la cual la actuación de la defensa en el período del juicio oral resulta insuficiente y le es totalmente imposible estar a la altura conforme lo exige el desempeño de su cometido. No debería permitirse que

<sup>27</sup> *I Országos Uegyvédkongreszus* (Primer Congreso Nacional de Abogados), Budapest, 1963, pág. 68.

la interpretación de la norma jurídica que establece como regla general la comunicación no vigilada con el detenido en prisión preventiva y con caracter excepcional, la comunicación bajo vigilancia, haya dado lugar en la práctica a una aplicación en un sentido diametralmente opuesto, implantándose como regla general la comunicación bajo vigilancia y llegando hasta excluir en absoluto la comunicación sin vigilancia alguna. La Ley debería ser observada también por las autoridades. Esto forma también parte de la legalidad socialista.”

Conforme al criterio sustentado por el Jefe de Fiscalía, Sr. András Seres<sup>28</sup>, el aparato persecutorio de que dispone la jurisdicción penal posee la preparación y la experiencia suficientes para que, en el caso de un detenido verdaderamente culpable, la visita del defensor no ofrezca posibilidad alguna de prácticas refinadas, y se vea, por consiguiente, imposibilitado de eludir su responsabilidad. No se debería, por lo tanto, mostrar tanto recelo de que el éxito del procedimiento peligre a causa de la comunicación del defensor con su patrocinado. La actuación del defensor, ya en esta fase del procedimiento acrecentaría considerablemente, a juicio del comentarista, la eficacia de la defensa. Entre otras observaciones, dice a este respecto: “de este modo se podría evitar, al menos, que el defensor nombrado de oficio no se encuentre con su mandante hasta el día en que se celebre el juicio oral de la causa.”

### La presencia del defensor en las actuaciones procesales

La presencia del defensor en las actuaciones del procedimiento preliminar le proporcionan un conocimiento directo de los datos y antecedentes relativos al asunto. De ahí, que para el defensor, la posibilidad de personarse en dichas actuaciones sea sinónimo de la posibilidad de defensa. El sumario es secreto y, por consiguiente, el defensor no está autorizado, por regla general, a asistir a las diligencias inherentes al mismo. Las excepciones aparecen enunciadas en el artículo 158 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con arreglo al mismo, puede el defensor asistir a los interrogatorios de peritos, así como a las diligencias de inspección ocular, de incautación y de registro domiciliario.

La disposición contenida en el apartado primero del artículo 158 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace depender la presencia del defensor de dos condiciones: sólo podrán asistir a las diligencias, si su presencia no implica ningún riesgo para el éxito del

<sup>28</sup> Seres, András: *Az előzetes letartóztatások foganatosításának törvényessége* (La legalidad de la ejecución de las detenciones preventivas), *Jogtudományi Közöny* (Budapest), 1964, núm. 3, pág. 159.

procedimiento y siempre que la práctica de la diligencia indagatoria en cuestión no sea de perentoria urgencia. Con arreglo a las disposiciones actualmente vigentes, se entiende que, por regla general no es ya de temer que surja riesgo alguno para el procedimiento, cuando se haya dictado el auto sobre terminación de las pesquisas. La Instrucción del Fiscal General núm. 7/1963 prescribe en su punto 72, apartado primero, que la autoridad pesquisidora habrá de autorizar de oficio la participación del defensor en las diligencias indagatorias. El defensor será informado por escrito en tiempo hábil del resultado de las diligencias indagatorias bajo apercibimiento de que su ausencia no habrá de ser en ningún caso motivo de dilaciones en el procedimiento.

Conforme a la interpretación sustentada por el Consejo Nacional de Abogados<sup>29</sup>, vendrá obligado el defensor a concurrir, no sólo a las diligencias inherentes al procedimiento indagatorio enunciadas en el artículo 158 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino asimismo a todas aquellas actuaciones acerca de las cuales haya sido informado por la autoridad pesquisidora. También en este caso, se autoriza únicamente la presencia del defensor cuando no implique riesgo alguno para el éxito del procedimiento.

La presencia del defensor en las diligencias inherentes al procedimiento indagatorio no es requisito indispensable para la validez y eficacia de las mismas. Conforme al apartado quinto del artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es necesaria en ciertos casos (enfermedad mental etc.) la presencia del defensor, también durante el procedimiento previo, pero la ley no dice que la ausencia del defensor tenga consecuencia alguna para cualesquiera actuaciones del procedimiento indagatorio.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal húngara no permite la presencia del defensor durante el interrogatorio del inculcado, ni durante el de los testigos (Artículo 116, apartado segundo y artículo 133, apartado primero). Se alega un doble argumento contra la presencia del defensor: que implicaría un riesgo para el mantenimiento del secreto sumarial y que pudiere dificultar la substanciación de la causa con la rapidez apetecida. La presencia del defensor es admisible en el acto de la comunicación al inculcado del resultado de las indagaciones practicadas; esto le ofrece la posibilidad de adoptar a ese respecto la actitud que estime pertinente y, en particular, de instar la práctica de informaciones supletorias (Artículo 163, apartado segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Acerca de las prácticas seguidas por las autoridades pesquisidoras, expuso el Sr. Marton Pöstyeni, presidente de la Cámara de Abogados de Budapest, con ocasión del primer Congreso Nacional

<sup>29</sup> *Ugyvédy Közlöny* (Budapest) 1964, núm. 7, pág. 59.

de Abogados:<sup>30</sup> "Se manifiestan ciertas tendencias, en virtud de las cuales se pretende restringir los derechos del defensor que le están expresamente reconocidos en virtud del artículo 41, en su apartado primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>30a</sup>, circunscribiéndolos únicamente a lo dispuesto en la última frase de dicho texto legal. Esta práctica consistente en no conceder al defensor durante todo el periodo indagatorio otra posibilidad de formular peticiones y reparos que la que se presenta con ocasión de dar a conocer al inculcado el contenido material de las diligencias averiguatorias, no corresponde, según nuestra firme convicción, a lo estatuido en el artículo 41 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no redundan en pro de la legalidad socialista. El examinar por encima una sólo vez la documentación, tal vez muy voluminosa, reunida con motivo de la instrucción sumarial, apenas le permite al defensor de formular fugazmente observaciones objetivamente fundadas."

La sesión plenaria del Consejo Nacional de Abogados se ocupó en julio de 1964 de los problemas inherentes a la función que le incumbe desempeñar a la defensa.<sup>31</sup> Con tal motivo, el Sr. Mihály Sebestyén, presidente de la Cámara de Abogados del Comitát de Scelnek, censuró el hecho de que durante el período indagatorio no se pueda obtener copia alguna de lo actuado y que tampoco se permita tomar apuntes y concluye: "Al defensor, a quien le esté permitido presenciar las diligencias, se le debía dar la posibilidad, o de obtener copia de lo actuado, o de tomar apuntes."

También el Sr. Jenő László publicó en mayo de 1964 en *Ugyvédi Közlöny*<sup>32</sup>, órgano oficial de la Abogacía húngara un estudio en el que clama contra las deficiencias que se observan en el acto de la presentación ante el inculcado del resultado de las averiguaciones practicadas "Si se examina detenidamente el papel del defensor durante el período averiguatorio del procedimiento criminal, se dejan oír cada día mayor número de voces para hacer constar que en el acto de su comparecencia en la diligencia de comunicación al inculcado del resultado de las indagaciones practicadas, los defensores encuentran serias dificultades para el estudio de la materia constitutiva de las indagaciones practicadas y, por consiguien-

<sup>30</sup> Véase nota núm. 27.

<sup>30a</sup> "En interés del inculcado, podrá el defensor presentar, de palabra o por escrito, en cualquier fase del procedimiento, peticiones o propuestas y examinar las actuaciones sumariales una vez terminado el período indagatorio y siempre que ello no implique riesgo alguno para el éxito de la instrucción, también durante el período de instrucción; además podrá estar presente en el acto de la comunicación al inculcado del resultado de las indagaciones practicadas, lo cual le conferirá la posibilidad de adoptar a este respecto la actitud que estime pertinente o de solicitar informaciones supletorias."

<sup>31</sup> Véase nota núm. 29.

<sup>32</sup> *Ugyvédi Közlöny* (Budapest) núm. 5, 1964.

te, para adoptar la actitud adecuada a los fines de defensa y solicitar, en su caso, la práctica de informaciones supletorias. Son muchos los defensores que alegan la circunstancia de no haberles sido posible efectuar un estudio detenido de las actuaciones de la causa durante la susodicha diligencia de comunicación del resultado de las indagaciones.”

Con arreglo a la Instrucción del Fiscal General, viene obligada la autoridad pesquisidora a examinar inmediatamente los pedimentos y las observaciones que hubiere formulado el defensor al tiempo de la comunicación del resultado de las indagaciones y a resolver acto seguido acerca de su cumplimiento. La Instrucción insiste sobre la necesidad de una resolución inmediata en interés de la rápida prosecución del procedimiento criminal y funda en otras diversas consideraciones su criterio sobre dicha necesidad.

El Fiscal, Sr. András Egressy manifestó su punto de vista reprobatorio con respecto a la práctica consistente en dar cuenta al inculcado del resultado de las indagaciones practicadas en la causa por los órganos de la Policía.<sup>33</sup> Basándose en la experiencia adquirida, entiende que en algunos sitios no se le atribuye ninguna importancia a este acto importantísimo de terminación de las indagaciones y se llegue hasta el extremo de considerarlo como un trámite de pura fórmula. A consecuencia de ello se infringen disposiciones esenciales de derecho procesal y se irrogan graves perjuicios, en prueba de ello cita el Sr. Egressy los ejemplos siguientes: “En la Fiscalía de Balassagyarmat, por ejemplo, declararon varios inculcados, al ser interrogados por el Fiscal, que en la comisaría de policía de la ciudad y distrito en cuestión no les habían concedido el tiempo indispensable para leer las declaraciones de los testigos. El sargento primero de Policía I.S. se negaba sistemáticamente en las diligencias de comunicación de las indagaciones a autorizar incluso que se echare una rápida ojeada sobre las declaraciones de los testigos, lo que no le impedía de manifestar al propio tiempo que él no tenía nervios para realizar ese estudio y que, de todos modos, eso no les importaba a los inculcados. El hecho de considerar de pura fórmula la comunicación del resultado de las indagaciones puede a veces dar lugar a contradicciones sorprendentes. Ocurre frecuentemente que el inculcado, que lo ha negado todo hasta el final, emite a última hora una declaración formularia según la cual está conforme con todo cuanto consta en las actuaciones y no tiene ninguna observación que hacer a ese respecto. Resulta verdaderamente humorístico, al par que aterrador, que se ponga una declaración formularia en boca de un analfabeto inculcado, a tenor de la cual éste ha leído cuanto consta en las actuaciones indagatorias y no tiene observación alguna que hacer a ese respecto.”

<sup>33</sup> *Magyar Rendör* (Budapest), núm. 5, 1964.

### **Conocimiento por el defensor de las resoluciones dictadas en el curso del procedimiento**

El defensor puede adquirir conocimiento de la materia constitutiva de la causa por el propio inculpado, mediante contactos personales, merced a su participación en las actuaciones procesales y al examen de los autos. Además, puede orientarse acerca de la marcha del proceso, tomando conocimiento de las resoluciones dictadas en el curso del mismo.

En virtud del artículo 41, apartado segundo, de la ley de Enjuiciamiento Criminal están obligadas las autoridades pesquisadoras a notificar también al defensor todas aquellas resoluciones que sean susceptibles de recurso. En todos los casos en que las autoridades pesquisadoras obstaculicen infundadamente el cumplimiento de las obligaciones legales del defensor o en los cuales, a pesar de lo prescrito en el artículo 41, apartado segundo, de la susodicha Ley procesal, se abstuvieren de notificar al defensor resoluciones contra las cuales quepa interponer recurso, podrá este último recurrir en queja.

Con arreglo al derecho vigente (Artículo 168, apartado quinto, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) hay que entregar un ejemplar del escrito de acusación a cada uno de los acusados. El defensor, empero, no recibe el escrito de acusación, viéndose obligado a estudiarlo acudiendo para ello al inculpado o al tribunal.

La ley es considerada generalmente como defectuosa a este respecto porque no contiene disposición alguna en la que se diga si procede o no procede notificar al defensor las resoluciones también en el curso del período indagatorio. Con arreglo al artículo 7, apartado segundo, el defensor está facultado para intervenir en todo momento procesal en favor de su cliente. Esta disposición permitiría, según el Profesor Király, hallar una solución<sup>34</sup>, que consistiría en determinar el ámbito de las resoluciones que debieran ser notificadas al defensor aun en el curso del período indagatorio. Durante la detención preventiva revisten particular importancia aquellas resoluciones que influyen directamente sobre la situación del detenido.

### **El examen de la documentación que figura en la causa**

Durante el período indagatorio y a causa del secreto sumarial sólo existe de hecho la posibilidad de que se le dé vista al defensor de las actuaciones del procedimiento una vez dictada la resolución que pone término a las diligencias averiguatorias en el acto

<sup>34</sup> Kiraly, *op. cit.* (Nota núm. 3) pág. 193.

de comunicarse al inculpado el resultado de las indagaciones (Artículo 165, apartado segundo). Con arreglo a la ley – Artículo 41, apartado primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal – debería el defensor poder examinar las actuaciones sumariales “siempre que ello no implique un riesgo para el éxito del procedimiento” – aún durante el período averiguatorio. Pero, según el Profesor Kiraly, en la práctica, no se dá normalmente esta posibilidad antes de terminado el procedimiento indagatorio <sup>35</sup>.

Después de dictada la resolución sobre terminación del período averiguatorio, el instructor dá cuenta del resultado al inculpado. Con arreglo a la disposición terminante de la ley – artículo 163, apartado segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal – es obligado permitir al defensor en esta ocasión que examine todo lo actuado.

La Instrucción del Fiscal General núm. 7/1963 reconoce en su punto 71 el derecho del defensor a examinar las actuaciones después de efectuado el interrogatorio del inculpado y el de sus eventuales cómplices y de verificado el careo de los mismos entre sí, como también después del careo entre los precitados y los testigos. El permiso para examinar las actuaciones se concede por el jefe del órgano pesquisidor – es decir, por el fiscal competente o por el jefe de la autoridad policial. Al conceder el permiso para examinar las actuaciones en virtud de la Instrucción del Fiscal General, el responsable del órgano pesquisidor habrá de tener debidamente en cuenta lo preceptuado en el artículo 125, apartado tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a tenor del cual dicho permiso sólo puede otorgarse a condición de que no ponga en peligro el éxito del procedimiento.

Mihály Móra, profesor de derecho procesal penal en la Universidad de Budapest mantiene en su libro <sup>36</sup> el punto de vista de que, con arreglo a la ley, la obtención del permiso para examinar las actuaciones durante el período indagatorio constituye la regla general y la denegación está prevista a título de excepción. Pero, no puede menos de advertir: “del criterio sustentado por los colaboradores de los órganos pesquisidores, de su respeto a las leyes y de su experiencia adquirida con la práctica, como también de sus conocimientos en materia de táctica indagatoria, depende en muchos casos que la excepción se convierta o no se convierta en regla general.”

El Consejo Nacional de Abogados refundió en sus Instrucciones de julio de 1964 <sup>37</sup> las obligaciones del defensor por lo

<sup>35</sup> Kiraly, *Op cit.* (Nota núm. 3) pág. 202.

<sup>36</sup> Móra, Mihály: *A magyar büntetőeljárásjog* (El derecho procesal penal húngaro), Budapest, 1961, pág. 182.

<sup>37</sup> Compárese la nota núm. 29.

que respecta al examen de las actuaciones. Con arreglo a dichas instrucciones deberá el defensor, al efecto de procurar que se agoten todos los medios de defensa, estudiar las actuaciones de la causa dentro de las posibilidades que ofrece el artículo 41, en su apartado primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el fin de adquirir un conocimiento suficiente de las cuestiones de hecho y, siempre que sea hacedero, ya con anterioridad al acto en que se le comunique al inculcado el resultado de las indagaciones practicadas en la causa. Cuando no haya otra posibilidad, deberá el defensor comparecer en el acto de darse a conocer el resultado de las averiguaciones y hacer uso, hasta donde aparezca fundado, de su derecho a adoptar la actitud que estime pertinente y formular las oportunas peticiones.

### **El anuncio de interposición de recursos**

El artículo 41 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice en su apartado primero: "El defensor estará facultado en todas las fases del procedimiento para formular por escrito o de palabra peticiones en favor de sus patrocinados." Durante el período averiguatorio, las peticiones habrán de formularse preferentemente por escrito, toda vez que el defensor no podrá estar presente en la mayor parte de las diligencias.

Conforme al apartado segundo del artículo 158 de la precitada ley procesal, habrá de autorizarse la presencia del defensor en el interrogatorio de los peritos, así como en las diligencias de inspección ocular, de incautación de bienes y de registro domiciliario, siempre que dicha presencia no implique riesgo alguno para el éxito del procedimiento. En tales casos, estará facultado el defensor para hacer observaciones y formular peticiones a los fines de la prosecución del procedimiento. Asimismo estará facultado para formular esos pedimentos en el acto de darse vista al inculcado de la documentación constitutiva de las actuaciones de la causa. (Artículo 163, apartado segundo de la tan repetida Ley procesal).

Conforme al espíritu de las Instrucciones del Consejo Nacional de Abogados<sup>38</sup>, el defensor ha de considerarse obligado a interponer el oportuno recurso, siempre que se vea infundadamente impedido por las autoridades pesquisidoras de cumplir debidamente sus obligaciones legales o que, a pesar de lo preceptuado en el apartado segundo del artículo 41 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no le fueren comunicadas cualesquiera resoluciones contra las cuales quepa interponer recurso. Los recursos contra las resoluciones de carácter decisivo y contra cualesquiera otras providencias *in merito* habrán de formalizarse por el defensor con

<sup>38</sup> Véase la nota que antecede.



arreglo a lo establecido en los puntos 10 a 12 de la Instrucción del Fiscal General.

Los recursos de queja interpuestos contra las medidas adoptadas por las autoridades pesquisitorias, o también contra la omisión de medidas por parte de esas mismas autoridades, se formalizarán mediante la presentación del oportuno escrito ante el Fiscal competente; tratándose de recursos formulados contra medidas adoptadas por el Fiscal, se presentará el escrito de interposición ante el Fiscal-Jefe. El escrito puede presentarse ante la autoridad recurrida, la cual, en el caso de no entrar en el examen detenido del mismo, lo elevará dentro de las veinticuatro horas a la autoridad competente para resolver el recurso. La autoridad encargada de resolver el recurso vendrá obligada, una vez comprobada la observancia del término de ocho días concedido para la interposición del mismo, a dictar el fallo resolutorio del recurso dentro de los tres días siguientes al ingreso del recurso (Artículo 166 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Según una nota informativa del Fiscal General<sup>39</sup> sobre aplicación adecuada de diversas disposiciones de la Instrucción núm. 7/1963, vienen obligadas las autoridades pesquisidoras contra cuyas resoluciones o medidas se hubiera recurrido, a examinar en todo caso la fundamentación del recurso. En los casos en que se declare haber lugar al recurso, se dejará sin efecto la medida o la disposición injustificada y habrá de dictarse una nueva disposición conforme a Justicia.

Sobre la práctica seguida por los órganos pesquisidores se han podido obtener las referencias siguientes:<sup>40</sup> "El defensor, para quien la posibilidad de examinar las actuaciones se limita al momento de ser comunicado el resultado de las averiguaciones, no tiene medio alguno de hacer pedimentos o propuestas durante las distintas fases del procedimiento. Si sus posibilidades a estos fines se limitan exclusivamente al antedicho momento procesal, resulta que no podrá cumplir en muchos casos las obligaciones inherentes a su calidad de defensor, porque suele ocurrir, que el inculcado no manifiesta su deseo de contar con un defensor hasta después de serle comunicado el resultado de las averiguaciones, o incluso cuando la autoridad pesquisidora ha transmitido ya todas las actuaciones al Fiscal competente."

### **La forma de llevar a efecto la detención en prisión preventiva**

Toda persona detenida en prisión preventiva es alojada, sea en uno de los locales destinados a esos fines por las autoridades poli-

<sup>39</sup> Véase nota núm. 22.

<sup>40</sup> Véase texto citado en la nota núm. 27, pág.

ciales o en un establecimiento penitenciario; tanto el uno como el otro, se hallan bajo la jurisdicción del ministerio del Interior.

El estatuto vigente en materia de detención fué promulgado el primero de octubre de 1959 por decreto del Ministro interino del Interior. El referido estatuto contiene, entre otras, las disposiciones para llevar a efecto la detención preventiva en los locales previstos a estos fines por las autoridades policiales. El ámbito de aplicación del estatuto de detención comprende a todas las personas sometidas a detención y a prisión preventiva, que se encuentren internados en los distintos locales destinados a estos fines dependientes de la Policía y de otras autoridades competentes en materia de pesquisas criminales. La policía del Estado tiene a su cargo la conservación en buen estado de sus locales en la Capitanía Superior de cada ciudad y en las capitanías superiores de policía de los *comitats*, como también en las comisarías de policía existentes en las ciudades y en cada distrito <sup>41</sup>

El estatuto sobre ejecución de las penas contiene las normas directivas para la detención de personas en prisión preventiva en los establecimientos penitenciarios.

A causa de las divergencias que se observan entre ambas disposiciones, existen ciertas diferencias en la ejecución de la detención en prisión preventiva, según se efectúe ésta en un establecimiento penitenciario o en un local para detenidos de la Policía. Por regla general, la situación del detenido en prisión preventiva resulta más llevadera, si está alojado en un establecimiento penitenciario.

Normalmente, son objeto de detención preventiva en locales destinados a tales fines por la policía los detenidos que no han sido condenados aún por vez primera. En cambio, el estatuto sobre ejecución de las penas distingue dos grupos de detenidos en prisión preventiva: los detenidos que no han sido todavía condenados por vez primera y los que no están condenados por sentencia firme. Los detenidos comprendidos en esta última categoría están sometidos a la misma reglamentación que los presos condenados por sentencia firme.

Por principio, los detenidos en prisión preventiva deben ser alojados de manera que permanezcan completamente separados de los reincidentes. Según referencias recibidas de Hungría, esto no ha sido siempre así. En ulteriores fases de la ejecución de las penas se tiene más en cuenta la conveniencia de observar este principio. El inculpado que se encuentra detenido en prisión preventiva habrá de mantenerse apartado de los demás detenidos hasta donde sea posible (Artículo 125, apartado segundo). Conforme a los comentarios sobre la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se justifica esta

<sup>41</sup> Véase nota núm. 28.

reglamentación mediante la consideración de que la naturaleza del alojamiento y de la vigilancia está condicionada exclusivamente por la necesidad de asegurar el eficaz desenvolvimiento del procedimiento criminal.<sup>42</sup>

Oficialmente no está permitido valerse de la detención en prisión preventiva en interés del "éxito" de la pesquisa. Pero ni siquiera el Fiscal-Jefe Sr. Andrés Seres<sup>43</sup> considera descartado el hecho de que "existen investigadores que, en aquellos casos que no son susceptibles de ser probados de un modo perfectamente claro, intentan conseguir, mediante procedimientos averiguatorios pasados de moda y completamente reprobables, por vía de captación, de una confesión del inculgado, una prueba de aquello que de otra manera no les sería posible probar." "Al inculgado le puede incluso inducir su condición de detenido en prisión preventiva a efectuar una confesión conforme a los deseos del investigador. Puede ocurrir que el inculgado llegue a encontrarse en un estado de nervios tal, que considere preferible emitir la declaración confesoria que se espera obtener de él, únicamente para ver el modo de conseguir un cambio de situación."

El Fiscal-Jefe, Sr. Seres, reclama una modificación de la reglamentación y de las prácticas actuales en todo cuanto afecta al cumplimiento de la detención en prisión preventiva. A su modo de ver, el aislamiento estricto de las personas en detención preventiva durante los dos o tres primeros días puede evidentemente significar un miramiento, pero ulteriormente se puede producir una situación diametralmente opuesta. El aislamiento resulta cada día más difícil de soportar y puede llegar un momento, en que la detención en prisión preventiva sea más dura de soportar que una pena de prisión. Lo que realmente ocurre es, que la incomunicación sólo puede ser impuesta a los penados en concepto de pena disciplinaria; su período de duración previamente señalado no suele ser largo y, en todo caso, es notoriamente más corto que el correspondiente a una detención en prisión preventiva y puede prorrogarse. El Sr. Seres entiende que, tratándose de personas detenidas en prisión preventiva, el régimen de incomunicación sólo debería aplicarse con carácter excepcional.

A causa de la aplicación prolongada del régimen de incomunicación a los detenidos en prisión preventiva, puede ocurrir que este aislamiento adquiera un "carácter penal", sea porque el investigador se proponga mediante este trato perjudicial inducir al inculgado a que se muestre "sincero", sea porque el propio inculgado llegue a creérselo y considera su incomunicación como un "castigo" (términos que pone de relieve el Sr. Seres). El Sr. Seres admite

<sup>42</sup> Véase texto citado en la nota núm. 21. pág. 28.

<sup>43</sup> Véase nota núm. 28.

incluso la posibilidad de que se produzcan lamentables fenómenos psíquicos y perturbaciones del sistema nervioso en las personas sometidas a prisión preventiva que hayan permanecido incomunicadas durante períodos de cierta duración.

Según las referencias transmitidas desde Hungría, la alimentación de los detenidos en prisión preventiva, así como la higiene, la vigilancia médica, la calefacción en los establecimientos penitenciarios e incluso la posibilidad de que los detenidos puedan tomar el aire a intervalos adecuados, están, por regla general, suficientemente aseguradas. Resultan, en cambio, problemáticas las así llamadas ventajas que pueden otorgarse durante la detención en prisión preventiva. Cabe conceder alguna ventaja, pero su concesión depende de la comprensión de la autoridad pesquisadora. En último término, resulta que la concesión de tales ventajas lleva implícita la determinación de lo que el detenido puede hacer y dejar de hacer dentro de su celda.

Entre el estatuto sobre la detención por la autoridad policial y el estatuto sobre la ejecución de las penas subsisten, también a este respecto, diversas diferencias. También en este caso resulta más severo el estatuto sobre detención por la autoridad policial.

*Ventajas susceptibles de ser otorgadas o denegadas con arreglo al estatuto sobre detención por la autoridad policial*

1. Lectura de libros o periódicos, utilización de la biblioteca;
2. Fumar;
3. Recepción de artículos de aseo personal;
4. Recepción de paquetes de víveres;
5. Correspondencia;
6. Comunicación con el mundo exterior - visitas, recepción del abogado, etc.

*Ventajas susceptibles de ser concedidas o denegadas con arreglo al estatuto sobre ejecución de las penas*

1. Recepción de artículos de aseo personal;
2. Recepción de paquetes de víveres;
3. Correspondencia;
4. Comunicación con el mundo exterior, etc.

Según el Profesor Tibor Király<sup>44</sup> y el Fiscal-Jefe, Sr. Andrés Seres, esta situación resulta verdaderamente contradictoria. Conforme a lo estatuido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en

<sup>44</sup> Véase nota núm. 3.

opinión de diversos tratadistas, la detención en prisión preventiva no debería nunca ser considerada como un "anticipo de la pena", ni ser aplicada como si se tratara de una pena. La *praesumptio boni viri* conserva toda su validez mientras el inculpado no haya sido condenado por el tribunal en virtud de sentencia firme. Con arreglo a este criterio, debería considerarse al inculpado como inocente. Son objeto de detención en prisión preventiva: a) personas que han cometido un delito y cuya detención está, por consiguiente, fundada; b) personas que son inocentes o que, en virtud de la presunción de inocencia, deben ser consideradas como inocentes, cuya detención no está justificada.

Resulta, empero, que con arreglo a la práctica actualmente seguida en Hungría – y en abierta contradicción con los principios fundamentales del derecho procesal húngaro – la situación de las personas detenidas en prisión preventiva viene a ser peor que la de los penados que se hallan cumpliendo condena.

Conforme a la práctica actualmente seguida, ocurre, por ejemplo que a las personas detenidas preventivamente en locales dependientes de la Policía no se les permite leer periódicos ni libros. Resulta, en cambio, que con arreglo al estatuto sobre ejecución de las penas, se les reconoce a las personas detenidas preventivamente en un establecimiento penitenciario, aún en el caso de hallarse incomunicadas, el derecho a pedir prestados libros en la biblioteca. Cabe, desde luego, la posibilidad de imponer restricciones también en estos casos fundándose en que: "el Fiscal estará facultado para prohibir la lectura a toda persona detenida en prisión preventiva."

Resulta, además, que al detenido en prisión preventiva le está vedado leer periódicos, siendo así que al penado que está cumpliendo condena se le concede también este derecho.

Es considerada como otra de las ventajas aludidas el derecho a recibir paquetes de víveres. El penado que está cumpliendo condena puede, por regla general, hacer uso de este derecho, salvo si hubiera incurrido en una falta disciplinaria, lo cual puede implicar la privación de recibir paquetes de víveres durante cierto tiempo. Resulta, en cambio, que la persona detenida preventivamente sólo puede recibir un paquete de víveres en el caso de que el médico de la Policía lo considere necesario. Como esta ventaja sólo puede concederse una vez al mes, resulta que prácticamente apenas ofrece interés más que cuando la detención preventiva se prolongue por un período relativamente largo. Mientras más tiempo dure la detención preventiva – aún sin culpa alguna por parte del inculpado – más se irá acentuando la sensación de considerar la tardanza en llegar el paquete de víveres como una carencia o incluso como un castigo.

Mientras el penado que está cumpliendo condena tiene, por regla general, derecho al paquete de víveres, el detenido preventi-

vamente sólo podrá obtenerlo en virtud de un permiso especial. La diferencia de trato en perjuicio de las personas que son objeto de detención preventiva es palmaria.

El hecho de que se califique de ventaja la posibilidad de recibir artículos de aseo personal es considerado por los juristas húngaros como una curiosidad. Una paquete que contenga exclusivamente productos de higiene corporal, como por ejemplo, entre otros varios, polvos dentífricos, es considerado actualmente como una ventaja por los estatutos. El Fiscal-Jefe, Sr. Seres, entiende que se trata de un derecho intangible de toda persona que sea objeto de prisión o detención en interés de la higiene y recomienda que se modifiquen en consecuencia los estatutos.

También figura entre las referidas ventajas la comunicación con el mundo exterior de las personas sujetas a detención preventiva. A pesar de que con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal la comunicación de todo detenido con su defensor es un derecho intangible, la referida Ley somete íntegramente la regulación práctica de esta importantísima cuestión a la apreciación de las autoridades pesquisidoras. Estas son las llamadas a decidir si debe o no debe efectuarse la comunicación del detenido con su defensor y, en caso de optar por la afirmativa, si dicha comunicación ha de ser vigilada o no. En este punto, se hace depender todo de la existencia o la inexistencia (difíciles de definir) de "un posible riesgo para el éxito de las indagaciones".

Conforme a la práctica seguida actualmente en Hungría, es el Fiscal<sup>45</sup> quien, una vez presentado el escrito de acusación confiere al establecimiento penitenciario la autorización para otorgar, a su vez, desde aquel momento, las ventajas de carácter general al detenido en prisión preventiva. Sólo después de conferida esta autorización es cuando el detenido en prisión preventiva queda equiparado en lo concerniente a ventajas con los penados que están cumpliendo condena. Durante el período indagatorio – como observa el Sr. Seres – es rarísimo que una persona detenida en prisión preventiva sea autorizada para beneficiarse de estas ventajas.

A este respecto, se propone por diversos juristas húngaros que en los locales destinados por la Policía al internamiento de detenidos, lo mismo que en los establecimientos penitenciarios, se equipare, por lo menos, el estatuto de las personas detenidas con carácter preventivo al de los penados, o que se conceda a los preventivamente detenidos un estatuto más favorable que a quienes están cumpliendo penas privativas de libertad.<sup>46</sup>

Además, hay que tener en cuenta los diversos malos hábitos

<sup>45</sup> Beér, Janos – Kovács, István – Szamel, Lajos: *Magyar állmájog* (derecho político húngaro), Budapest, 1960, pág. 430.

<sup>46</sup> Véase nota núm. 28.

de los órganos pesquisidores que influyen negativamente sobre la situación de las personas detenidas en prisión preventiva. Con arreglo a uno de los informes recibidos, se encuentran autoridades judiciales que, en lo tocante a las incidencias de detención de acusados, dan muestra de una calma y serenidad asombrosas mientras el detenido se encuentra detenido preventivamente. Otros opinan que no se cometería realmente infracción de ley cuando en una causa criminal en la cual, por razón de la gravedad de la pena previsible, se teme la evasión del inculcado, se impusiere primeramente una pena leve de prisión, cuya duración coincida con la de la presunta detención preventiva.

En contraposición a las regulaciones anteriores, la Ley de Enjuiciamiento Criminal que rige actualmente no permite la liberación bajo fianza. En estos últimos tiempos, se levantan voces entre los juristas húngaros pidiendo el restablecimiento de esta institución. Entre otros argumentos, alegan el hecho de que la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada en la Unión Soviética<sup>47</sup> admite la posibilidad de la liberación de inculcados mediante la prestación de una fianza. Según las propuestas formuladas a este respecto en Hungría, serían las brigadas socialistas de trabajo y las organizaciones sociales las designadas para intervenir en calidad de fiadoras.

### Observaciones finales

La posición jurídica del inculcado durante el período indagatorio y mientras permanece detenido en prisión preventiva ha mejorado, desde luego, algo con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero a pesar de ello, el procedimiento previo continúa marcado por su carácter inquisitorial.

La Constitución y las leyes penales contienen, sin excepción alguna, disposiciones que consagran el derecho de defensa, pero la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las instrucciones de régimen interior del Fiscal General dejan al albedrío de los órganos pesquisidores la admisión de un defensor durante la fase preparatoria del procedimiento.

Por lo general, la defensa sólo puede desempeñar su importantísimo cometido después de terminado el período indagatorio. El detenido en prisión preventiva permanece, por lo tanto, prácticamente indefenso durante esta fase del procedimiento criminal.

<sup>47</sup> Az OSZSZSZK büntető törvénykönyve, büntető eljárási törvénykönyve és bírósági szervezeti törvénye (El Código penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica Judicial de la RSFSR) Budapest, 1961; Artículo 202 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Incluso después de presentado el escrito de acusación se requiere una autorización del Fiscal para que el defensor pueda entrevistarse con su patrocinado.

El detenido en prisión preventiva queda, por lo general, aislado del mundo exterior. En muchas ocasiones se le mantiene incomunicado, sin contacto personal alguno; no se le suele proveer de defensor antes del término del período indagatorio y rara vez o nunca se le facilita lectura, con prohibición, rigurosamente observada, de todo periódico. Su situación es calificada de insostenible, incluso por tratadistas húngaros.



# NUEVO EXAMEN DE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO

por

THOMAS BUERGENTHAL \*

## I. INTRODUCCIÓN

Es manifiestamente imposible desconocer la lentitud extrema del progreso que realiza el derecho internacional en lo que se refiere a los derechos del hombre. Y nadie pretenderá que nos aproximamos a la institución de un sistema internacional para la eficaz protección de los derechos humanos si se acoge como obra revolucionaria el menor resultado obtenido en esta esfera, por insignificante que sea en relación con lo que todavía se ha de lograr, y si se considera como un avance la adopción de medidas de pura forma, carentes de verdadero alcance. Por eso, no es muy alentador hallar, en las múltiples publicaciones relativas al Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, un número tan reducido de alusiones a la insuficiencia práctica del sistema creado por dicho instrumento.<sup>1</sup> Por supuesto,

---

\* Bachiller en Artes (Virginia Occidental); Bachiller en Derecho (Nueva York); Maestro en Derecho (Harvard); profesor adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Nueva York (Buffalo); abogado del Colegio de Nueva York. El presente artículo es una versión revisada de un trabajo publicado por el autor en la *Buffalo Law Review*. El profesor Buergenthal, que nació en Alemania en 1934, pasó la segunda guerra mundial en varios campos de concentración nazis, entre ellos Auschwitz y Sachsenhausen, y es probablemente uno de los supervivientes más jóvenes de estos campos. En 1951 emigró a los Estados Unidos, donde se naturalizó.

<sup>1</sup> El Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (denominado en lo sucesivo "Convenio") fue firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 66, después del depósito de diez instrumentos de ratificación en poder del secretario general del Consejo de Europa. El primer Protocolo suplementario del Convenio, que garantiza otros tres derechos (el respeto de los bienes, el derecho a la instrucción y las elecciones libres) fue firmado en París el 20 de marzo de 1952. Entró en vigor el 18 de mayo de 1954. Los textos francés e inglés del Convenio y del Protocolo, que son igualmente auténticos, se reproducen en el volumen titulado "Commission européenne des Droits de l'homme, Documents et décisions" (denominado en lo sucesivo "Anuario") 4 (1955-57). Véase, *passim*, Stein & Hay, *Cases and Materials on the Law and Institutions of the Atlantic Area*, 367-94 (1963).

nadie niega los notables resultados obtenidos por medio de su aplicación, ni el gran éxito que constituye su propia existencia. Sin embargo, una vez se ha reconocido que la íntegra aplicación de sus cláusulas sólo supondría garantizar el *mínimum* estricto en materia de derechos del hombre y de libertades fundamentales, queda por ver de qué modo cumplen los Estados partes las obligaciones contraídas, y éste es un aspecto sobre el cual los investigadores han insistido poco. Esto sentado, es menester resignarse a hacerlo, no para menoscabar el alcance de los éxitos obtenidos, sino para impedir que la sociedad se dé por satisfecha con medidas de ejecución insuficientes, por no decir simbólicas. Refiriéndonos más concretamente al Convenio Europeo, recordaremos que, por no aplicarse en todos los países europeos, conviene evaluarlo, si queremos ser equitativos, teniendo en cuenta lo que se podría esperar actualmente de los Estados de la Europa occidental cuando una generación, o poco menos, les separa de la segunda guerra mundial.

Uno de los aspectos del Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales que ha sido hasta ahora objeto de pocos estudios sistemáticos es la medida en que lo aplican los Estados partes. Para alcanzar la perfección, el estudio de esta cuestión debería abarcar todas las ramas del derecho sustantivo y procesal, y convendría examinar cuál ha sido el efecto que el Convenio ha ejercido en cada una de ellas. Es evidentemente imposible dar cima a una obra de esta índole, vasta e indispensable al propio tiempo, a menos de confiar su ejecución a investigadores de diversas nacionalidades. El verdadero alcance del Convenio no se conoce todavía, y sólo se podrá conocer a este precio. La labor más modesta cuyos resultados presentamos ahora tiene por objeto determinar si, en cada uno de los países mencionados, el Convenio forma parte integrante del orden jurídico interno. Nuestro análisis pondrá como mínimo de manifiesto la medida en que las Altas Partes Contratantes cumplen las obligaciones contraídas al ratificar el Convenio.<sup>2</sup>

## II

Como se estipula en su preámbulo, el Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales tiene por fin lograr que los Estados europeos hagan efectiva la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados por

<sup>2</sup> Han ratificado el Convenio los Estados siguientes: Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, República Federal de Alemania, Suecia y Turquía. (En el presente artículo los Estados se clasifican según el orden alfabético inglés).

la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En su Título I, que consta de 17 artículos, se enumeran y definen los derechos y libertades fundamentales cuya garantía se pretende lograr.<sup>3</sup> Para garantizar la observancia de estas obligaciones por las Altas Partes Contratantes, se prevé en el Convenio la creación de una Comisión Europea de los Derechos del Hombre y de un Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre.<sup>4</sup>

La Comisión es competente para conocer de las peticiones formuladas por los Estados, así como, en circunstancias determinadas, por particulares. En otras palabras, un Estado parte en el Convenio puede llamar la atención de la Comisión sobre todo incumplimiento de las disposiciones del Convenio del que sea responsable, a su juicio, otra Alta Parte Contratante.<sup>5</sup> Los particulares que se consideren lesionados sólo disfrutan de este derecho si el Estado acusado de violación, no sólo ha ratificado el Convenio, sino que además ha declarado expresamente que reconoce la competencia del Convenio en esta materia.<sup>6</sup> La Comisión está facultada para investigar las acusaciones y, de ser posible, para favorecer una solución amistosa "basada en el respeto de los derechos del hombre, tal y como los reconoce el presente Convenio".<sup>7</sup> Si no lo logra, la Comisión debe transmitir al Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>8</sup> un informe en el que expone los hechos, expresa su opinión sobre el fondo de la cuestión y formula todas las recomendaciones que considera apropiadas.<sup>9</sup> Si en el plazo de tres meses contado a partir de la transmisión del informe de la Comisión de Ministros el asunto no es remitido al Tribunal de conformidad con el procedimiento descrito más adelante, el Comité de Ministros debe pronunciarse con respecto a la cuestión de saber si ha habido o no violación del Convenio, y debe precisar cuáles son las medidas que procede tomar en consecuencia.<sup>10</sup>

<sup>3</sup> Véase un análisis de estas disposiciones en Weil: *The European Convention on Human Rights*, 43-80 (1963).

<sup>4</sup> Convenio, art. 19. Véase un análisis de estas dos instituciones y de sus atribuciones respectivas en Vasak: *La Convention européenne des Droits de l'homme* (1964); Robertson: *Human Rights in Europe* (1963); Golsong: *Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention* (1958).

<sup>5</sup> Convenio, art. 24.

<sup>6</sup> Convenio, art. 25 (1).

<sup>7</sup> Convenio, art. 28.

<sup>8</sup> El Comité de Ministros está compuesto por ministros que representan a cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa. Véase, pássim, Robertson: *The Council of Europe*, 24-40 (2a edición, 1961).

<sup>9</sup> Convenio, art. 31.

<sup>10</sup> En relación con los poderes y las atribuciones del Comité de Ministros, véanse: Convenio, art. 32; Robertson: *Human Rights in Europe*, 75-84 (1963); Cassese: *L'esercizio di funzioni giurisdizionali da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, 45 *Rivista di Diritto Internazionale*, 398 (1962).

El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, que tiene competencia para entender en todos los asuntos relacionados con la interpretación y la aplicación del Convenio,<sup>11</sup> sólo puede ocuparse de un asunto si éste le ha sido remitido en el plazo de tres meses antes mencionado, si la Comisión no ha podido llegar a una solución amistosa, o bien si el Estado acusado de violación ha reconocido como obligatoria la jurisdicción del Tribunal.<sup>12</sup> La ratificación del Convenio por un Estado no tiene *ipso facto* por resultado reconocer como obligatoria la jurisdicción del Tribunal, para lo cual se ha de efectuar una declaración separada.<sup>13</sup> Ahora bien, un particular no tiene capacidad para comparecer en juicio ante el Tribunal. Solamente la Comisión y las Altas Partes Contratantes tienen capacidad para hacerlo.<sup>14</sup> El fallo del Tribunal es definitivo<sup>15</sup> y las Altas Partes Contratantes se comprometen a ejecutar sus decisiones en los litigios en que sean partes.<sup>16</sup> El Tribunal no tiene autoridad para anular las decisiones adoptadas por un órgano judicial de una Parte Contratante o para derogar un texto legislativo o reglamentario que sea incompatible con el Convenio; ello no obstante, puede asignar "a la parte lesa una satisfacción equitativa".<sup>17</sup>

### III

Huelga decir que los mecanismos internacionales creados en virtud del Convenio para garantizar el ejercicio de los derechos en él enunciados están lejos de funcionar perfectamente. Para señalar sus defectos, basta observar que la víctima de un acto ilegal imputable a un Estado no tiene capacidad para entablar juicio ante el Tribunal. No puede tampoco dirigir el desarrollo del procedimiento ante la Comisión, ni siquiera en el caso de que el Estado demandado haya reconocido la competencia de ésta con respecto a las peticiones for-

<sup>11</sup> Convenio, art. 45.

<sup>12</sup> Convenio, arts. 45, 46 y 47.

<sup>13</sup> Convenio, art. 46.

<sup>14</sup> En el artículo 48 del Convenio, se dispone que pueden presentar un asunto ante el Tribunal: la Comisión; una Alta Parte Contratante, cuando la víctima es un nacional suyo; la Alta Parte Contratante que ha presentado el asunto ante la Comisión, y la Alta Parte Contratante contra la cual se ha presentado una demanda.

<sup>15</sup> Convenio, art. 52.

<sup>16</sup> Convenio, art. 53.

<sup>17</sup> Convenio, art. 50. Véase un análisis de esta disposición en *Vis: La réparation des violations de la Convention européenne des Droits de l'homme*, 10 *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg* (denominados en lo sucesivo "Anales") 279 (1961); Buergenthal: *The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States*, *International and Comparative Law Quarterly* (suplemento núm. 11) 79 (1965).

muladas por particulares. Además, varios de los Estados que han ratificado el Convenio no han reconocido hasta ahora como obligatoria la jurisdicción del Tribunal ni el derecho de los particulares a recurrir ante esta instancia.<sup>18</sup> Así y todo, aunque los Estados decidan por unanimidad colmar estas lagunas, los gastos, los esfuerzos y el tiempo que para un particular supone la defensa de estos derechos mediante la interposición de un recurso ante una institución internacional como la Comisión serían considerables, porque, como mínimo, es imprescindible agotar previamente todas las vías internas de recurso.<sup>19</sup> Por consiguiente, si las Altas Partes Contratantes sólo hubiesen aceptado la posibilidad de ser citadas ante un tribunal internacional en caso de vulneración del Convenio, lo normal era prever que los efectos de éste en la administración cotidiana de la justicia habrían sido mínimos. En efecto, si el remedio no se puede administrar dónde y cuándo sea necesario, su virtud profiláctica queda muy circunscrita. La verdadera importancia del Convenio se debe, pues, al hecho de que, al adherirse al mismo, las Altas Partes Contratantes contraen dos obligaciones conexas. Es decir, se comprometen a aplicar el Convenio en el ámbito de su territorio nacional al incorporar sus disposiciones a su derecho interno,<sup>20</sup> y prometen además que el particular lesionado tendrá derecho "a que se le conceda un recurso efectivo ante una autoridad nacional" con objeto de hacer valer los derechos garantizados por el Convenio.<sup>21</sup>

En el presente estudio tenemos el propósito de averiguar si las Altas Partes Contratantes han cumplido efectivamente estas obligaciones; por ello, tenemos que señalar que la aplicación del Convenio en los respectivos territorios nacionales está facilitada por el hecho de que, en su mayor parte, las disposiciones del Título I han sido concebidas de suerte que puedan ser objeto de aplicación inmediata. Dicho de otro modo, han sido formuladas de manera que puedan ser invocadas directamente ante los tribunales nacionales,

---

<sup>18</sup> De los quince Estados que han ratificado el Convenio, únicamente los diez siguientes han reconocido el derecho de recurso individual a la Comisión: Austria, Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, República Federal de Alemania y Suecia. Además, nueve han reconocido como obligatoria la jurisdicción del Tribunal de los Derechos del Hombre; solamente Suecia no lo ha hecho todavía. Chipre, Grecia, Italia, el Reino Unido y Turquía no han reconocido la competencia de la Comisión en materia de recursos interpuestos por particulares, ni han aceptado como obligatoria la jurisdicción del Tribunal.

<sup>19</sup> Convenio, art. 26.

<sup>20</sup> Compárese el art. 64 del Convenio con los arts. 1 y 13. Véanse también: Comisión Europea de los Derechos del Hombre, recurso núm. 214-56, decisión del 9 de junio de 1958, 2 Anuario, 214, 234 (1958-59); Golsong: *Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 10, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 123, 128-29 (1961).

<sup>21</sup> Convenio, art. 13.

sin necesidad de dictar normas legislativas especiales de ejecución.<sup>22</sup> Así, por lo menos en teoría, en los países cuyo derecho constitucional dispone que la ratificación de un tratado que puede ser objeto de aplicación inmediata basta para incorporar automáticamente dicho tratado en el derecho interno, las disposiciones del Título I del Convenio deberían tener por este motivo el carácter de ley interna de aplicación inmediata.<sup>23</sup> En los Estados donde un tratado que puede ser objeto de aplicación inmediata no puede ser invocado ante los tribunales, ni siquiera después de su ratificación, hasta que se hayan promulgado las leyes y los reglamentos de aplicación necesarios, dichas leyes y reglamentos deberán bastar para garantizar la plena aplicación del Convenio.<sup>24</sup> Teniendo en cuenta que corresponde a las autoridades nacionales competentes decidir cuándo y en qué medida crean las disposiciones de un tratado derechos que se pueden invocar ante sus tribunales, tendremos que analizar seguidamente la situación en los quince Estados partes en el Convenio, a fin de definir la condición de éste en el derecho interno de cada uno de ellos.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Se desprende de las deliberaciones sostenidas durante las labores preparatorias del Convenio que éste era el resultado apetecido. Véase al respecto Golsong: *Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 9 (1958). Además, los términos precisos utilizados en forma obligatoria en la mayor parte de las disposiciones del Título I, así como el hecho de que estas disposiciones pongan de manifiesto el propósito de reconocer a los particulares derechos que puedan ser ejercidos directamente, revelan la misma intención. Véase un estudio completo de esta cuestión en Süsterhenn: *L'application de la Convention sur le plan du droit interne*, 10. Anales, 303, 304-307 (1961). En cambio, Comte, en: *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el orden jurídico interno*, vol. IV, Revista de la Comisión Internacional de Juristas (1962), sostiene que, si bien es cierto que las disposiciones contenidas en los artículos 3, 7, 11, 12 y 14 pueden ser objeto de aplicación inmediata en cualquiera de los Estados partes en el Convenio, esto no es necesariamente cierto en cuanto a otras disposiciones cuya aplicación puede requerir en algunos países modificaciones institucionales muy importantes que solamente los tribunales están en condiciones de efectuar. No pretendemos negar que Comte esté en lo cierto, pero parece aventurado afirmar que esta situación se opone al aserto según el cual el Convenio tiene por fin crear derechos cuyo ejercicio podrá ser confirmado por los tribunales nacionales. En realidad, la tesis de Comte tal vez sea un argumento adicional en favor de la idea, que sustenta el autor del presente artículo, es decir, que al adherirse al Convenio, un Estado se compromete a eliminar, en todo el ámbito de su jurisdicción, todos los obstáculos de este género que se opongan a la aplicación íntegra del Convenio.

<sup>23</sup> Véase Weil: *op. cit.*, *supra*, nota 3, pág. 44.

<sup>24</sup> Véase Süsterhenn, *supra*, nota 22, pág. 307.

<sup>25</sup> A pesar de las analogías fundamentales que existen entre el derecho constitucional de algunos de esos Estados, median diferencias marcadas entre los procedimientos seguidos por sus tribunales para aplicar el Convenio. Solamente los cuatro países escandinavos se prestan a un examen de conjunto. Por consiguiente, y a excepción de esos cuatro Estados, en el presente trabajo analizamos separadamente la aplicación del Convenio en cada uno de los Estados.

## AUSTRIA

Si bien Austria ratificó el Convenio en 1958, la condición del instrumento en el derecho interno del país fue objeto de viva controversia hasta 1964,<sup>26</sup> a causa de cierto número de motivos que merece la pena recordar. Cuando ratificaron el Convenio, las Cámaras austríacas tenían el propósito de conferirle el carácter de ley constitucional (*Verfassungsgesetz*),<sup>27</sup> que tiene prelación sobre las leyes ordinarias, sea cual fuere la fecha de su promulgación.<sup>28</sup> Con este fin las Cámaras obraron de conformidad con las disposiciones de la Constitución austríaca aplicables en la materia, aunque no manifestaron expresamente que el Convenio tenía el carácter de ley constitucional.<sup>29</sup> Si bien la mayoría de los constitucionalistas austríacos han tomado como hipótesis o han demostrado que esta omisión meramente formal no privaba al Convenio de la jerarquía

<sup>26</sup> Véase, pássim, Liebscher: *Austria y el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos en el orden jurídico interno*, IV, Revista de la Comisión Internacional de Juristas, 307 (1963). Véanse también Ermacora: *Die Menschenrechtskonvention als Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung*, 81, Juristische Blätter (denominada en lo sucesivo "J.B.") 396 (1959), y Winkler: *Der Verfassungsrang von Staatsverträgen. Eine Untersuchung des geltenden österreichischen Verfassungsrechtes*, 10, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (denominada en lo sucesivo "Ö.Z.ö.R.") 514 (1959/60).

<sup>27</sup> Así, al someter el Convenio a la ratificación del Consejo Nacional, el presidente de este órgano hizo la declaración siguiente en el momento de poner el texto a votación: "Habida cuenta de que la ratificación del Convenio y del Protocolo, sobre la cual debe pronunciarse el Consejo, impone un compromiso obligatorio al legislador federal y que, por consiguiente, el Convenio y el Protocolo habrán de ser considerados como tratados de Estado que modifican la Constitución en el sentido definido en el Artículo 50 de la Constitución Federal, tomo nota por la presente declaración del hecho de que, de conformidad con el apartado c) del artículo 55 del reglamento, está presente la mitad de los miembros." Stenographische Protokolle über die Sitzung des Nationalrates VII. GP., 1958, pág. 2951, citado en Winkler, *supra*, nota 26, pág. 522.

<sup>28</sup> Véase: Constitución Federal de Austria, Arts. 89 (2) y 140; Adamovich y Spanner: *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, 398 (5a edición, 1957); Seidl-Hohenveldern: *Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law*, 12, International and Comparative Law Quarterly, 88, 111-12 (1963).

<sup>29</sup> Véase: Constitución Federal de Austria, Arts. 50 y 44 (1). El Artículo 44 (1), del cual el lector hallará una versión inglesa en Peaslee: *Constitutions of Nations*, 107 (2a edición, 1956), dispone lo siguiente: "Las leyes constitucionales o las disposiciones constitucionales contenidas en las leyes ordinarias sólo podrán ser aprobadas por el Consejo Nacional en presencia de la mitad de sus miembros, como mínimo, y por mayoría de dos tercios de los votos emitidos. Estas leyes y estas disposiciones serán designadas, respectivamente, "leyes constitucionales" y "disposiciones constitucionales".

legislativa que el Parlamento había querido conferirle,<sup>30</sup> el Tribunal Constitucional austríaco decidió en 1961 que el Convenio no tenía el carácter de ley constitucional porque las Cámaras no le habían atribuido expresamente este carácter.<sup>31</sup>

Para mayor complicación, el Tribunal Constitucional que, en un fallo anterior, había llegado ya a la conclusión de que el artículo 6 del Convenio no podía ser objeto de aplicación inmediata,<sup>32</sup> llegó a la misma conclusión en relación con el artículo 5.<sup>33</sup> Al exponer los motivos de su decisión, precisó que las disposiciones de este artículo eran demasiado imprecisas para dar origen a una norma jurídica de aplicación inmediata, y que, por consiguiente, requerían la promulgación de textos legislativos o reglamentarios de aplicación. Haciendo extensivo este razonamiento sobremanera discutible a los demás artículos del Convenio, cierto número de juristas llegó a la conclusión de que los tribunales austríacos considerarían que la mayor parte de estos artículos no podía ser objeto de aplicación inmediata si no había texto de aplicación.<sup>34</sup>

El Parlamento austríaco dio un primer paso por este camino en 1962 y en 1963 mediante la introducción, primero, de dos modificaciones en el Código austríaco de Procedimiento Penal. Tuvo que hacerlo a causa de la multiplicación de peticiones contra Austria dirigidas por particulares a la Comisión Europea de los Derechos

<sup>30</sup> Véanse, por ejemplo, Ermacora: *Die Menschenrechte und der Formalismus*, 84 J.B. 118 (1962); Pfeifer: *Die Parlamentarische Genehmigung von Staatsverträgen in Österreich. Ihre innerstaatliche Wirksamkeit*, 12 Ö.Z.ö.R. 1 (1962); Pfeifer: *Der Verfassungsrang von Staatsverträgen*, 17, Österreichische Juristen-Zeitung 29 (1962). Véase, en cambio, Winkler, *supra*, nota 26, cuyos argumentos aceptó el Tribunal Constitucional.

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional, fallo de fecha 14 de octubre de 1961, 84 J.B. 145 (1962), 4 Anuario 604 (1961).

<sup>32</sup> Tribunal Constitucional, fallo de fecha 27 de junio de 1960, (1960) Slg. VerfG. 330, 3 Anuario 616 (1960). Este fallo ha sido criticado por Vasak: *Was bedeutet die Aussage, ein Staatsvertrag sei "self-executing"?*, 83 J.B. 621 (1961).

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional, fallo de fecha 14 de octubre de 1961, 84 J.B. 145 (1962), 4 Anuario 604, 610-12 (1961). Varios autores han impugnado con mucho acierto la validez de esta conclusión. Véanse Ermacora, *supra*, nota 30; Pfeifer: *Die parlamentarische Genehmigung von Staatsverträgen in Österreich. Ihre innerstaatliche Wirksamkeit*, 12 Ö.Z.ö.R. 1, 51 n. 176 a (1962).

<sup>34</sup> Véanse Ermacora, *supra*, nota 30; Vasak, *supra*, nota 32. Véase también Tribunal de apelación (*Oberlandesgericht/Linz*), fallo de fecha 22 de enero de 1960, 2, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 170 (1961); el Tribunal rechaza la pretensión de un procesado belga según el cual, en virtud del Convenio, tenía derecho a recibir una traducción francesa del acta de acusación austríaca. Véase, en cambio, República Federal de Alemania, Tribunal de distrito (*Amtsgericht/Bremerhaven*), fallo de fecha 18 de octubre de 1962, 16. *Neue Juristische Wochenschrift*, 827 (1963); en él se dice que, en virtud del artículo 6 del Convenio, un procesado norteamericano ha sido autorizado a beneficiarse gratuitamente de los servicios de un intérprete.



del Hombre.<sup>35</sup> Los autores de las peticiones afirmaban que eran incompatibles con el artículo 6 del Convenio las disposiciones del Código austríaco de Procedimiento Penal en virtud de las cuales el ministerio público participaba en los debates del Tribunal de Apelación y de la Corte Suprema cuando estas instancias entendían en una "demanda de nulidad" (*Nichtigkeitsbeschwerde*); en cambio, el defensor del acusado sólo estaba autorizado a presentar observaciones por escrito. Con objeto de salir al paso de un fallo que hubiera podido ser adverso a Austria, el Gobierno tramitó con apresuramiento dos proyectos de ley por el conducto parlamentario. La primera modificación del Código de Procedimiento Penal, promulgada en 1962, sitúa al acusado en condiciones menos desiguales en relación con el ministerio público (en lo que se refiere a la demanda de nulidad) y autoriza además la designación de un abogado de oficio en ciertas jurisdicciones de apelación.<sup>36</sup> La segunda modificación – y ello no carece de interés – dispone que toda persona condenada antes de la aprobación de la ley de 1962 puede pedir que se juzgue de nuevo su recurso de apelación en un plazo de seis meses, siempre y cuando la Comisión Europea de los Derechos del Hombre haya declarado que dicha demanda es admisible.<sup>37</sup>

Por último, en marzo de 1964 el Parlamento austríaco resolvió definitivamente la cuestión de saber cuál era la situación del Convenio respecto del derecho interno austríaco. Con ocasión de introducir una modificación de gran alcance en la disposición de la Constitución austríaca relativa al tratado,<sup>38</sup> el Parlamento aprovechó la oportunidad para conferir expresamente al Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades

<sup>35</sup> Véase un análisis de estos asuntos en Schwelb: *On the Operation of the European Convention on Human Rights*, 18, *International Organization*, 558, 578-580 (1964).

<sup>36</sup> Ley federal del 28 de julio de 1962, (1962) *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, núm. 229, pág. 1129, 5 Anuario 340 (1962).

<sup>37</sup> Ley federal del 27 de marzo de 1963, (1963) *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, núm. 66, pág. 167.

<sup>38</sup> Ley constitucional del 4 de marzo de 1964, promulgada el 6 de abril de 1964, (1964) *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, núm. 59, pág. 623. En virtud de esta enmienda, el Parlamento austríaco está facultado, cuando aprueba la ratificación de un tratado, para precisar que la aplicación de este tratado en el interior del país requerirá la promulgación previa de las leyes y los reglamentos apropiados. *Idem*, artículo 1, párrafo 2, que modifica el Artículo 50 de la Constitución austríaca. En ausencia de esta estipulación, puede suponerse que la ratificación de un tratado bastaría para transformarlo en ley nacional. Como resultado de esta modificación, el Parlamento austríaco puede optar en adelante por la transformación general o especial de los instrumentos internacionales. Véase Klecatsky: *Die Bundesverfassungsnovelle vom 4. März 1964 über die Staatsverträge*, 86 J.B. 349 (1964).

fundamentales, así como al primer Protocolo anexo, el carácter de leyes constitucionales.<sup>39</sup> En consecuencia, el Convenio tiene actualmente en Austria una jerarquía legislativa equivalente a la de la Constitución.

### BELGICA

En el sistema jurídico belga el tratado que pueda ser objeto de aplicación inmediata que haya sido aprobado por el Parlamento de conformidad con el Artículo 68 de la Constitución<sup>40</sup> tiene fuerza de ley; en otras palabras, surte los mismos efectos que cualquier otro texto de ley debidamente promulgado.<sup>41</sup> No está sujeto a fiscalización judicial, como las demás leyes del país.<sup>42</sup> Los acuerdos internacionales que pueden ser objeto de aplicación inmediata y que se han incorporado al derecho interno en virtud de la aprobación parlamentaria y de su publicación en la Gaceta Oficial tienen prelación sobre las leyes y los reglamentos precedentes.<sup>23</sup> En virtud de la misma norma, una ley posterior puede oponerse a la aplicación de las disposiciones de un tratado anterior cuando estas disposiciones son incompatibles con ella.<sup>44</sup> Los tribunales belgas consideran que

<sup>39</sup> *Idem*, Artículo II, párrafo 7. Véase Kunst: *Die Menschenrechtskonvention als Bestandteil der Bundesverfassung*, 19, *Österreichische Juristen-Zeitung* 197 (1964). Sobre los debates parlamentarios extremadamente reveladores que precedieron la aprobación de esta ley constitucional, véase *Stenographische Protokolle über die Sitzung des Nationalrates, X.GP.*, 1964, pág. 2425.

<sup>40</sup> En el párrafo 2 del Artículo 68 de la Constitución belga se dispone lo siguiente: "Los tratados de comercio y los tratados que pueden constituir una carga para el Estado o imponer obligaciones individuales a los ciudadanos belgas sólo surtirán efecto después de haber sido aprobados por las dos Cámaras". El autor cita la versión inglesa del texto en: I Peaslee, *Constitutions of Nations* 153 (2a edición, 1956).

<sup>41</sup> Janssen-Pevtschin, Velu y Vanwelkenhuyzen: *La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le fonctionnement des juridictions belges*, 15, *Chronique de Politique étrangère* 199, 217 (1962); Masquelin: *Le contrôle et l'application des traités par les organes juridictionnels internes*, 15, *Annales de Droit et de Sciences politiques* 3, 4 (1965).

<sup>42</sup> De Visscher: *La Communauté européenne du charbon et de l'acier et les Etats membres*, en 2 Actes officiels du Congrès international d'Etudes sur la CECA, 7, 50 (1957); Verbaet: *Du conflit entre le traité et la loi*, 9, *Journal des Tribunaux d'Outre-Mer* 113 (1958). Sin embargo, los tribunales son competentes para determinar si el tratado ha sido aprobado y publicado con las formalidades prescritas por la Constitución. Masquelin, *supra*, nota 41, págs. 10 y 11.

<sup>43</sup> Masters: *International Law in National Courts: A Study of the Enforcement of International Law in German, Swiss, French and Belgian Courts*, 208-09 (1932), y asuntos citados.

<sup>44</sup> Masquelin, *supra*, nota 41, pág. 16; Rolin: *La force obligatoire des traités dans la jurisprudence belge*, 68, *Journal des Tribunaux* 561 (1953); Slusny y Waelbroeck, nota, 75 *Journal des Tribunaux* 724, 725-26 (1960).

ésta es la situación con arreglo al principio en virtud del cual corresponde al Parlamento decidir si una ley es incompatible con las obligaciones internacionales contraídas por Bélgica, teniendo en cuenta que los tribunales no están facultados para negarse a aplicar una ley posterior, aunque pueda ser manifiestamente incompatible con un tratado.<sup>45</sup>

Si bien es cierto que los tribunales belgas no se han pronunciado expresamente sobre la categoría que se ha de atribuir al Convenio en la jerarquía de las leyes belgas, se puede suponer sin incertidumbre que las disposiciones del Título I del Convenio se han incorporado al derecho belga y pueden ser objeto, por consiguiente, de invocación inmediata.<sup>46</sup> Por tener este carácter, estas leyes tendrían prelación sobre cualquier texto anterior de derecho interno que fuera incompatible con ellas. Esta conclusión tiene su confirmación en el tenor de los fallos dictados por los tribunales belgas en los asuntos en que se había invocado el Convenio.<sup>47</sup> En efecto, hasta ahora estos tribunales han aceptado la hipótesis en virtud de la cual las disposiciones enunciadas en el Título I del Convenio creaban, según el derecho belga, derechos que se podían hacer efectivos inmediatamente.<sup>48</sup> Así, un tribunal administrativo belga, basándose en el artículo 9 del Convenio, decidió que, para determinar el derecho a percibir un subsidio de paro, un judío ortodoxo practicante podía considerar el sábado como día de descanso, aunque ello

<sup>45</sup> Schieble v. Procureur général, Cour de Cassation, fallo de fecha 26 de noviembre de 1925, (1926) *Pasicrisie Belge* I, 76, reimpresso en (1925-26) *Ann. Dig.* 8; *Min. Publ. Bara et cons. v. Debeur*, Cour d'Appel de Bruselas, fallo de fecha 3 de julio de 1953, 68 *Journal des Tribunaux* 518 (1953). Véase, en cambio, Tribunal de Commerce (Bruselas), fallo de fecha 16 de junio de 1960, 75 *Journal des Tribunaux* 724 (1960), que contiene una nota muy crítica de Slusny y Waelbroeck. Véase también el interesantísimo artículo de De Termicourt: *Le conflit "Traité - Loi interne"*, 78 *Journal des Tribunaux* 481 (1963), cuyo autor sostiene que, en realidad, los tribunales belgas no han tenido que examinar jamás este problema, en el caso de los tratados que pueden ser objeto de aplicación inmediata, y que, por consiguiente, podrían dar así primacía a un tratado, aunque fuera anterior, que fuese incompatible con una ley posterior.

<sup>46</sup> Véase Rolin: *Un texte de droit positif ignoré des juristes belges: La Convention européenne des droits de l'homme*, 73 *Journal des Tribunaux* 515 (1958).

<sup>47</sup> Véanse, pássim, Janssen-Pevtschin, Velu y Vanwelkenhuyzen, *supra*, nota 47, págs. 217 a 219 y los asuntos allí analizados.

<sup>48</sup> Véanse, por ejemplo, *Min. Public v. Knapen*, Cour de Cassation, fallo de fecha 25 de marzo de 1963, 78 *Journal des Tribunaux* 333 (1963); *Min. Publ. v. Belaid*, Cour de Cassation, fallo de 20 de julio de 1962, (1962) *Pasicrisie Belge* 1238; *Min. Publ. v. Ratzloff*, Cour de Cassation, fallo de fecha 21 de septiembre de 1959, 75 *Journal des Tribunaux* 573 (1960).

no estuviera previsto en la ley aplicable en la materia.<sup>49</sup> Posteriormente, en 1963, la Corte Suprema de Bélgica decidió que el inciso b) del párrafo 3 del artículo 6 del Convenio no había sido violado por la negativa de las autoridades a comunicar a una persona en prisión preventiva el sumario formado por el juez de instrucción. Según la Corte, esta disposición del Convenio se refería a los derechos del procesado con ocasión del proceso y no de la instrucción.<sup>50</sup> En otra causa, esa misma Corte rechazó un recurso basado en el inciso d) del párrafo 3 del artículo 6, en el cual el recurrente sostenía que el tribunal inferior había vulnerado el Convenio al denegarle la autorización para citar a cierto testigo de descargo. La Corte decidió que el inciso mencionado no privaba a un juez de la facultad esencialmente discrecional que tiene atribuida para determinar si la declaración de un testigo tiene valor probatorio.<sup>51</sup> Es interesante observar que una comparación entre este fallo y la jurisprudencia de la Comisión Europea pone de manifiesto una gran coincidencia de pareceres. Así, hace poco tiempo la Comisión decidió que el inciso d) del párrafo 3 del artículo 6, en virtud del cual toda persona acusada de una infracción penal tiene derecho "a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y a obtener la convocatoria y el interrogatorio de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los de cargo", no se puede interpretar como una autorización para que "un acusado obtenga la citación de cualquier persona y, en particular, de una persona cuya declaración no tiende a favorecer el esclarecimiento de la verdad."<sup>52</sup> Por lo demás, inclusive si estas decisiones de los tribunales belgas son una interpretación errónea del artículo 6, queda indicado en ellas que la Corte Suprema de Bélgica ha reconocido que esta disposición del Convenio puede oponerse a la aplicación de una ley belga anterior que sea incompa-

---

<sup>49</sup> *Cymerman v. Office national de l'emploi, Commission de réclamation O.N.E. (Bruselas)*, fallo de fecha 13 de marzo de 1962, 77 *Journal des Tribunaux* 267, 268 (1962).

El artículo 9 del Convenio dispone lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia.
2. La libertad de manifestar su religión o sus creencias no podrá ser objeto de otras limitaciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral públicas, o para la protección de los derechos y libertades del prójimo.

<sup>50</sup> *Min. Publ. v. Knapen, supra*, nota 48, pág. 334.

<sup>51</sup> *Min. Publ. v. Belaid, supra*, nota 48, pág. 1239.

<sup>52</sup> Demanda núm. 753/60, decisión de fecha 5 de agosto de 1960, 3 *Anuario* 310, 320 (1960). Véase, en el mismo sentido, demanda núm. 1134/61, fallo de fecha 19 de diciembre de 1961, 4 *Anuario* 378 (1961).

tible con él. Por ello, no está fuera de lugar suponer que los tribunales belgas llegarían a la misma conclusión si tuviesen que fundarse en la mayor parte de las disposiciones del Título I del Convenio, porque estas disposiciones han sido concebidas, en conjunto, con el mismo grado de precisión que el artículo 6.

Todo estudio de la incorporación del Convenio al derecho belga sería incompleto sin un análisis de las consecuencias dimanantes del planteamiento del asunto *De Becker* ante el Tribunal de los Derechos del Hombre.<sup>53</sup> Raymond de Becker, periodista y escritor belga, fue condenado a muerte por haber colaborado con los alemanes durante la segunda guerra mundial. Se benefició de una conmutación de pena y fue privado de los derechos cívicos enumerados en el párrafo 6 del artículo 123 del Código Penal belga. En virtud del inciso e), se prohíbe a toda persona a la que se aplique dicho artículo "que participe, en cualquier calidad, en la explotación, administración, redacción, impresión o difusión de un diario o de cualquier publicación". En 1956, habiéndose beneficiado de una remisión de pena bajo condición de expatriarse, De Becker recurrió ante la Comisión y afirmó que la privación permanente de los derechos enumerados en el párrafo 6 del artículo 123 y, en particular, en el inciso e) de dicho párrafo constituía una violación del artículo 10 del Convenio,<sup>54</sup> porque esta ley tenía por efecto prohibirle en la práctica el ejercicio de su profesión y la expresión de sus opiniones. La Comisión decidió que el recurso era admisible<sup>55</sup> y lo transmitió al Tribunal de los Derechos del Hombre el 29 de abril de 1960.

Hace ya más de diez años que se procura en Bélgica modificar esta legislación de posguerra y normalizar la situación de las personas perjudicadas por ella. Ahora bien, por consideraciones polí-

<sup>53</sup> Asunto *De Becker*, fallo de fecha 27 de marzo de 1962. La Secretaría del Tribunal ha editado un folleto sobre este asunto, con el título: *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A: Jugements et décisions, 1962*.

<sup>54</sup> El artículo 10 del Convenio dispone lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la de recibir o comunicar informaciones o ideas sin injerencia de autoridad pública alguna y sin consideración de frontera. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, cinematografía o televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, por cuanto lleva consigo deberes y responsabilidades, puede estar sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, siempre que estén previstas por la ley y constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la salvación pública; para la defensa del orden y la prevención del delito; para la protección de la salud o de la moral, o la protección de la fama o los derechos de otro; para impedir la divulgación de informaciones confidenciales, o para garantizar la autoridad o la imparcialidad del poder judicial.

<sup>55</sup> Demanda núm. 214/56, decisión de fecha 9 de junio de 1958, 2 Anuario 214 (1958-59).

ticas obvias, sólo ha sido posible revisarla en puntos secundarios. Mientras el Tribunal de los Derechos del Hombre examinaba el asunto De Becker, las Cámaras belgas aprobaron a toda prisa una enmienda de alcance considerable, en favor de la suavización de las penas impuestas a los colaboracionistas belgas. Por este motivo, De Becker retiró la queja que había presentado a la Comisión. Esta manifestó que coincidía con el Gobierno belga en que carecía ya de utilidad proseguir el trámite del asunto, y el Tribunal de los Derechos del Hombre dio su conformidad para poner término al procedimiento.<sup>56</sup>

### CHIPRE

La República de Chipre ratificó el Convenio, así como el primer Protocolo anexo, en 1962. En virtud del párrafo 3 del artículo 169 de su Constitución,<sup>57</sup> los tratados y convenios debidamente promulgados tienen "una autoridad superior a la de cualquier ley interna". Además, la mayor parte de los derechos garantizados en el Título I del Convenio se enuncian en la Constitución chipriota.<sup>58</sup> El estado de guerra civil que reina en Chipre y la suspensión *de facto* de la Constitución explican, por desgracia, con claridad suficiente el hecho de que en este país el Convenio haya sido hasta ahora un documento carente de toda importancia jurídica.<sup>59</sup>

### REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

En Alemania el Convenio ha sido invocado ante los tribunales con mucha mayor frecuencia que en cualquier otro Estado signatario;<sup>60</sup> los especialistas han dedicado múltiples estudios a la deter-

<sup>56</sup> Asunto *De Becker*, *supra*, nota 53. En el fallo del Tribunal se hace referencia a las leyes belgas aplicables en la materia y mencionadas en el texto.

<sup>57</sup> Constitución de la República de Chipre, fechada el 16 de agosto de 1960; la publica la Unión Interparlamentaria en *Information constitutionnelle et parlementaire*, núm. 45, pág. 1 (3a serie, 1961).

<sup>58</sup> Véase Vasak: *op. cit.*, *supra*, nota 4, pág. 244.

<sup>59</sup> En una crónica desde Chipre, W. Granger Blair comunicó, el 9 de julio de 1964, que el Parlamento chipriota había aprobado una ley que ordenaba la fusión de "la antigua Suprema Corte Constitucional y del Alto Tribunal, suprimía el cargo de presidente neutro de los dos tribunales y ponía término a la obligación de dosificar la representación de las dos colectividades en los tribunales inferiores". *Esta ley fue aprobada por los diputados chipriotas griegos; todos los diputados chipriotas turcos estaban ausentes.* (Subrayamos nosotros.) *New York Times*, 10 de julio de 1964, pág. 3, col. 6.

<sup>60</sup> Véase un análisis de estos asuntos en Morvay: *Rechtsprechung nationaler Berichte zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 nebst Zusatzprotokoll vom 20. März 1952*, 21 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 89 y 316 (1961). El lector hallará una lista completa de estos asuntos en Golsong: *Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 10 *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 123, 131, nota 41 (1961).

minación de sus efectos sobre el derecho alemán en general<sup>61</sup> y sobre determinadas disposiciones legales en particular.<sup>62 y 63</sup> Ahora bien, jamás se ha puesto en duda la autoridad del Convenio como elemento del derecho federal que puede ser objeto de aplicación inmediata.<sup>64</sup> Casi todos los análisis han versado sobre la cuestión más delicada de la jerarquía que le corresponde entre los textos normativos del orden jurídico alemán.<sup>65</sup> En otras palabras, su incorporación al derecho federal<sup>66</sup> no ha bastado para resolver la cuestión de saber si el Convenio tiene el carácter de ley constitucional y, en caso negativo, si tiene, no obstante, prelación sobre las leyes federales ordinarias que sean posteriores y sean incompatibles con sus disposiciones.

Un eminente juriconsulto alemán ha manifestado que, a su juicio, el Convenio ha adquirido el carácter de ley constitucional. Ha sostenido al respecto que el Convenio define y completa el concepto de los derechos del hombre, que en la Ley Fundamental alemana sólo se enuncia en términos muy generales, y de la cual se ha convertido, por este motivo, en parte integrante.<sup>67</sup> Sin embargo,

<sup>61</sup> Véanse, por ejemplo, Echtermöller: *Die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmässigen Ordnung*, 10 Juristenzeitung 689 (1955); Herzog: *Das Verhältnis der Europäischen Menschenrechtskonvention zu späteren deutschen Gesetzen*, 12 Die öffentliche Verwaltung, 44 (1959).

<sup>62</sup> Véanse, por ejemplo, Henrichs: *Änderung der ZPO durch die Konvention von Rom?*, 9 Monatsschrift für deutsches Recht 140 (1955); von Weber: *Die Durchsetzung der Grundrechte der europäischen Menschenrechtskonvention in der innerdeutschen Strafrechtspflege*, 9 Monatsschrift für deutsches Recht 386 (1955).

<sup>63</sup> Véase un interesante debate sobre la posibilidad de aceptar los recursos denominados "constitucionales" (*Verfassungsbeschwerde*) interpuestos al amparo del artículo 90 de la Ley que crea el Tribunal Constitucional Federal en fecha 12 de marzo de 1951, en Guradze: *Kann die Verfassungsbeschwerde auf eine Verletzung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte gestützt werden?*, 13 Die öffentliche Verwaltung 286 (1960) (que se pronuncia en sentido afirmativo); Herzog: *Nochmals: Verfassungsbeschwerde gegen Verletzung der Menschenrechtskonvention?*, 13 Die öffentliche Verwaltung 775 (1960) (que afirma lo contrario). En su decisión de fecha 14 de enero de 1960, 10 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 271, 274; 3 Anuario 628, 632 (1960), el Tribunal Constitucional Federal decidió que un recurso de esta índole no se podía basar en el Convenio.

<sup>64</sup> Véase, por ejemplo, Tribunal de apelación (*Oberlandesgericht/Bremen*), fallo de fecha 17 de febrero de 1960, 13 Neue Juristische Wochenschrift (citado en adelante con las iniciales "N.J.W.") 1265 (1960), 3 Anuario 634 (1960). Véase, en cambio, Henrichs, *supra*, nota 62.

<sup>65</sup> Véase, *pássim*, Münch: *Zur Anwendung der Menschenrechtskonvention in der Bundesrepublik Deutschland*, 17 Juristenzeitung 153 (1961).

<sup>66</sup> Sobre la aplicación de los tratados en el territorio de la República Federal de Alemania, según el derecho interno, véase Menzel: *Die Geltung internationaler Verträge im innerstaatlichen Recht* en Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung 401 (1962).

<sup>67</sup> Echtermöller, *supra*, nota 61, págs. 691-92.

los tribunales han manifestado poco apresuramiento en aceptar este argumento y han denegado, implícita o expresamente, al Convenio el carácter de ley constitucional.<sup>68</sup> Otra cuestión más delicada todavía es la de saber si el Convenio tiene, no obstante, prelación sobre las leyes ordinarias, sea cual fuere la fecha de su promulgación. En efecto, el artículo 25 de la Ley Fundamental (constitución provisional) de la República Federal dispone lo siguiente: "Las reglas generales del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean inmediatamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal".<sup>69</sup> Por consiguiente, si se acepta que el Convenio se limita a codificar reglas generales de derecho internacional, sus disposiciones tendrán prelación con respecto a las leyes federales ordinarias y a toda la legislación de los Estados, salvo tal vez la Ley Fundamental.<sup>70</sup> Sin duda, se puede afirmar que algunas disposiciones del Convenio tienen el carácter de "reglas generales de derecho internacional",<sup>71</sup> pero la mayoría de los comentaristas opina de modo distinto<sup>72</sup> y sus opiniones han hallado eco favorable en, por lo menos, un tribunal alemán,<sup>73</sup> que ha llegado a las conclusiones siguientes:

Por "reglas generales del derecho internacional" (a los efectos del artículo 25 de la Ley Fundamental) se han de entender exclusivamente las que tienen validez universal para todos los miembros de la colectividad internacional y son normas cuyas disposiciones recíprocas han cobrado carácter obligatorio. . . Conviene señalar, primero, que Austria, España,

<sup>68</sup> Véanse, por ejemplo, Tribunal Superior Administrativo (Münster), fallo de fecha 25 de noviembre de 1955, 9 N.J.W. 1374 (1956), 2 Anuario 572 (1958-59); Tribunal Constitucional Bávaro, fallo de fecha 3 de julio de 1961, 14 N.J.W. 1619 (1961).

<sup>69</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania; el autor cita la versión inglesa del artículo en Peaslee: *2 Constitutions of Nations* 30 (2a edición, 1956). El texto alemán dispone lo siguiente: "Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes".

<sup>70</sup> Véase Tribunal Constitucional Federal, fallo de fecha 26 de marzo de 1957, 6 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 309, 363 (1956-57). Véase Münch, *supra*, nota 65, en la pág. 154; a juicio de este autor, la jerarquía de las reglas generales del derecho internacional, según el Artículo 25 de la Ley Fundamental, no está determinada definitivamente en Alemania, porque la situación constitucional está lejos de ser clara.

<sup>71</sup> Este argumento ha sido aducido por von Stackelberg en su comentario de jurisprudencia, 13 N.J.W. 1265 (1960), sobre el artículo 5 (3) del Convenio, así como por Münch, *supra*, nota 65, pág. 154, en lo que se refiere a los derechos de los extranjeros.

<sup>72</sup> Véase Morvay, *supra*, nota 60, págs. 98-99, que pasa revista a las obras y a la jurisprudencia relacionadas con el asunto. Véase también Echterhölter, *supra*, nota 61, págs. 690-91.

<sup>73</sup> Tribunal Administrativo Superior de Münster, fallo de 25 de noviembre de 1955, 9 N.J.W. 1374 (1956), 2 Anuario 572 (1958-59).



Finlandia, Portugal, Suiza, Yugoslavia y los países situados más allá del Telón de acero (para referirnos únicamente a los países europeos) no se han adherido al Convenio. Aunque el derecho interno de algunos de estos países sea compatible con las disposiciones del Convenio, y éste es concretamente el caso de Suiza, estos países no han manifestado el deseo de obligarse en esta materia por un convenio internacional o de someterse a una autoridad supranacional. Además . . . no se puede considerar el Convenio como una codificación de reglas generales del derecho internacional, porque los derechos fundamentales en él enunciados no han sido reconocidos en la mayoría de los países del mundo, como lo prueba el hecho de que las Naciones Unidas no hayan podido concertar un convenio análogo todas las veces en que lo han intentado.<sup>74</sup>

Huelga observar que el razonamiento de este tribunal no tiene fuerza concluyente. Su definición de las "reglas generales del derecho internacional" es discutible, porque parece que, en conclusión, confunde la aceptación unánime de algunas reglas de derecho y la decisión — de carácter político — en favor o no de la adhesión a los acuerdos internacionales que codifican estas reglas. Por lo demás, puede muy bien ocurrir que algunas disposiciones del Convenio sean aceptadas por "la mayoría de los países del mundo" y cumplan así el criterio establecido por el tribunal para las "reglas generales del derecho internacional".

Sea lo que fuere, importa recordar que los tribunales alemanes no han cesado de afirmar que las disposiciones del Título I del Convenio forman parte del derecho federal y pueden ser objeto de aplicación inmediata.<sup>75</sup> Por tener este carácter, tienen primacía sobre las leyes federales anteriores que sean incompatibles con ellas y sobre la legislación de los Estados, cualquiera que sea la fecha de su promulgación.<sup>76</sup> Así, un tribunal alemán ha anulado una orden de internamiento perfectamente válida según otros criterios, pero que violaba, a su juicio, el párrafo 3 del artículo 5 del Convenio.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> *Idem*, pág. 1375, 2 Anuario 580.

<sup>75</sup> Véanse Tribunal Constitucional Federal, fallo de fecha 10 de mayo de 1957, 6 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 389 (1956-57), 2 Anuario 594 (1958-59); Tribunal Federal de Justicia, fallo de fecha 27 de junio de 1957, 25 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (Zivilsachen) 60 (1958), 2 Anuario 596 (1958-59); Tribunal Federal de Justicia, fallo de fecha 21 de abril de 1959, 13 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (Strafsachen) 102 (1960); Tribunal Administrativo Superior de Münster, fallo de fecha 25 de noviembre de 1955, 9 N.J.W. 1374 (1956), 2 Anuario 572 (1958-59); Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht/Bremen*), fallo de fecha 17 de febrero de 1960, 13 N.J.W. 1265 (1960), 3 Anuario 634 (1960).

<sup>76</sup> Echterhölter, *supra*, nota 61; Münch, *supra*, nota 65, pág. 154; Wendt: *Zur Frage der innerstaatlichen Geltung und Wirkung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte*, 9 Monatsschrift für deutsches Recht 658 (1955).

<sup>77</sup> Tribunal de Apelación (*Oberlandesgericht/Saarbrücken*), fallo de fecha 9 de noviembre de 1960, 14 N.J.W. 377 (1961).

En otro asunto muy interesante, una orden dictada para expulsar de Alemania a un belga fue anulada, porque a juicio del tribunal su ejecución tendría por efecto un grave menoscabo del derecho del demandante a gozar de la vida familiar según se garantiza en el artículo 8 del Convenio.<sup>78</sup> El ciudadano belga había sido condenado por delito sexual en 1951, pero su permiso de estancia no había sido cancelado entonces (cuando el Gobierno habría podido hacerlo) porque su patrono alemán no podía prescindir de sus servicios de trabajador agrícola. En 1953 el demandante contrajo matrimonio con una alemana, madre de dos hijos ilegítimos de los que no era padre. En ese mismo año de 1953 el matrimonio tuvo otro hijo. El año siguiente mientras desempeñaba otro empleo, el demandante recibió una orden de expulsión; su permiso de estancia fue cancelado. Al anular la orden de expulsión, el tribunal hizo notar que, en virtud de la Ley Fundamental y del artículo 8 del Convenio, "La familia goza de la protección especial del Estado". Por consiguiente, "si la unidad y la integridad de la familia están en peligro, procede dar a la protección de la familia preferencia sobre otros intereses públicos".<sup>79</sup> El tribunal llegó a la conclusión de que no se había obrado así en el caso examinado:

Si la orden de expulsión se lleva a efecto, la esposa se verá obligada a unirse al marido y a separarse de los hijos ilegítimos nacidos antes de contraer matrimonio y que son todavía de corta edad, o bien separarse de su marido para permanecer junto a sus hijos. Sin duda, cabe esperar que se hallará más tarde la posibilidad de reunir la familia, pero en las circunstancias actuales es posible prever que la separación dure cierto tiempo.

La separación pondrá en peligro la unidad de la familia. Es cierto que el marido no tiene ningún vínculo de consanguinidad con los hijos que la esposa tuvo antes de contraer matrimonio, pero hay que considerar, sin embargo, que estos niños pertenecen a la familia, a los efectos de las disposiciones a que hemos hecho referencia. Habitan en el domicilio del marido y, por razón de su edad, tienen necesidad de los cuidados maternos.

Por los motivos expuestos, la orden de expulsión constituye una grave amenaza para la familia del demandante; por consiguiente, es menester preguntarse si concurren las condiciones concretas que, según el párrafo 2 del artículo 8 del Convenio, pueden justificar la existencia de una amenaza de esta índole.<sup>80</sup>

<sup>78</sup> Tribunal Federal Administrativo, fallo de fecha 25 de octubre de 1956, 72 Deutsches Verwaltungsblatt 57 (1957), 2 Anuario 584 (1958-59).

<sup>79</sup> *Idem*, pág. 57, 2 Anuario 590.

<sup>80</sup> *Idem*, pág. 58, 2 Anuario 590-92.

El tribunal llegó, por lo tanto, a la conclusión de que estas condiciones no existían<sup>81</sup> y, por consiguiente, decidió que debía anularse la orden. Este fallo sirvió de precedente en otro asunto más reciente planteado ante un tribunal alemán y que fue resuelto por una decisión análoga.<sup>82</sup>

Haremos referencia a un fallo dictado en 1957 por el Tribunal Constitucional Federal para resolver un asunto en el cual el procesado impugnaba la constitucionalidad de las disposiciones del Código Penal alemán que castigan la homosexualidad. En su fallo el Tribunal se expresaba en los términos siguientes:

Sin pronunciarse sobre las alegaciones del demandante, el Tribunal debe examinar *ex officio* la cuestión de saber si los artículos 175 y siguientes del Código Penal son o no compatibles con el Convenio, habida cuenta de que, después de su ratificación, ... dicho Convenio entró en vigor en la República Federal el 3 de septiembre de 1953 ... y que el procesado R. fue condenado el 14 de octubre de 1953, es decir, después de la entrada en vigor del Convenio. Si los artículos 175 y siguientes del Código Penal hubiesen sido derogados por las disposiciones del Convenio para la protección de los derechos del hombre, el procesado habría sido condenado en aplicación de un derecho penal que habría cesado de regir, y habría sido necesario reconocer que el carácter inconstitucional del fallo condenatorio.<sup>83</sup>

Sin embargo, el Tribunal decidió que las disposiciones controvertidas del Código Penal alemán no habían sido derogadas por el Convenio, porque el castigo de los actos homosexuales era una medida necesaria para la protección de la salud y de la moral de conformidad con el párrafo 2 del artículo 8.<sup>84</sup> El lector observará

<sup>81</sup> *Idem*, pág. 58, 2 Anuario 592. En el párrafo 2 del artículo 8 del Convenio se dispone lo siguiente:

"No se permiten otras injerencias de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho que las que, previstas por la ley, constituyen en una sociedad democrática una medida necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades del prójimo."

Véase un excelente análisis de este asunto en Golsong: *The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in a German Court*, 33 *British Yearbook of International Law* 317 (1958).

<sup>82</sup> Tribunal Administrativo Superior de Münster, fallo de fecha 2 de agosto de 1960, 13 *Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland* 199 (1961), 4 Anuario 618 (1961). Véase, en cambio, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Federal, fallo de fecha 15 de diciembre de 1955, 3 *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* 58 (1957).

<sup>83</sup> Tribunal Constitucional Federal, fallo de fecha 10 de mayo de 1957, 6 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 389, 440 (1956-57), 2 Anuario 594 (1958-59) (informe citado).

<sup>84</sup> *Idem*, pág. 441; no está citado en el Anuario.

que esta conclusión queda confirmada por la jurisprudencia de la Comisión Europea de los Derechos del Hombre, que adoptó recientemente la decisión siguiente:

La Comisión ha decidido en varias ocasiones que el Convenio autoriza a una Alta Parte Contratante para que castigue la homosexualidad, porque el derecho al respeto de la vida privada puede ser objeto, en las sociedades democráticas, de las limitaciones previstas en el derecho de dicha Parte con objeto de proteger la salud o la moral (párrafo 2 del artículo 8 del Convenio); considerando que se desprende claramente de lo que antecede que el artículo 175 del Código Penal alemán no es incompatible en absoluto con las disposiciones del Convenio; considerando que, a este respecto, el recurso está manifiestamente infundado y ha de ser declarado inadmisibile en virtud del párrafo 2 del artículo 27 del Convenio. . .<sup>85</sup>

Es evidente, pues, que el Convenio no tiene en Alemania el carácter de ley constitucional, pero tiene, no obstante, la categoría de ley federal ordinaria y que, por este motivo, puede ser legítimamente invocada ante los tribunales alemanes,<sup>86</sup> además de garantizar derechos cívicos suplementarios a todos los que viven bajo la jurisdicción de la República Federal. Puede ocurrir que leyes o reglamentos ulteriores hagan caduca cualquier disposición del Convenio que sea incompatible con ellos, pero es muy poco probable que se adopte una medida de esta índole en el futuro previsible. De hecho, en diciembre de 1964 el Gobierno federal promulgó una ley que modificaba el Código de Procedimiento Penal.<sup>87</sup> Esta ley, que regula, entre otras cuestiones, la duración admisible de la prisión preventiva y sitúa al procesado y a su defensor en un plano de mayor igualdad con el ministerio público,<sup>88</sup> tenía expresamente por fin poner el procedimiento penal alemán en armonía con las disposiciones de los artículos 5 y 6 del Convenio.<sup>89</sup>

<sup>85</sup> Demanda núm. 530/59, decisión del 4 de enero de 1960, 3 Anuario 184, 194 (1960).

<sup>86</sup> Véase Süsterhenn: *L'application de la Convention sur le plan du droit interne*, 10 Anales 303, 311-14 (1961).

<sup>87</sup> Ley que modifica el Código Penal y la Ley constitucional orgánica del poder judicial, de fecha 19 de diciembre de 1964 (1964), Bundesgesetzblatt, parte I, pág. 1067; entró en vigor el 1° de abril de 1965.

<sup>88</sup> Véanse Dahs: *Die kleine Strafprozessreform*, 18 N.J.W. 81 (1965); Schorn: *Die Rechtsstellung des Beschuldigten und seines Verteidigers nach dem StPAG*, 18 N.J.W. 713 (1965); Kleinknecht: *Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes*, 20 Juristenzeitung 153 (1965).

<sup>89</sup> Véanse Schorn, *supra*, nota 88; nota de la Secretaría (D/5/322), *Reform of the German Code of Criminal Procedure* (demanda núm. 2122/64).

## GRECIA

En derecho griego un acuerdo o un tratado internacional se incorpora al orden jurídico interno a partir de la promulgación del texto legislativo por el que se aprueba el acuerdo o tratado y que reproduce su texto.<sup>90</sup> En teoría, el tratado no tiene fuerza de ley nacional, pero sí la tiene el texto legislativo que la incorpora al orden jurídico interno.<sup>91</sup> Esta transformación confiere al tratado el carácter de ley ordinaria y, por consiguiente, deroga las leyes anteriores incompatibles con él; por lo demás, el tratado puede ser derogado por una ley posterior con la que sea incompatible.<sup>92</sup> Ahora bien, inclusive si un convenio internacional ha sido promulgado del modo expuesto más arriba, los tribunales podrían llegar todavía a la conclusión de que el convenio no puede ser objeto, en todo o en parte, de aplicación inmediata. En un caso de esta índole y hasta la promulgación de las leyes y reglamentos de aplicación, un convenio en estas condiciones no podrá modificar ninguna ley anterior ni derogarla.<sup>93</sup>

Teniendo en cuenta que el Convenio para la protección de los derechos del hombre ha seguido el trámite legal requerido,<sup>94</sup> este tratado tendrá en adelante el carácter de ley nacional griega.<sup>95</sup> Además, la jurisprudencia sentada revela que, hasta ahora, los tribunales griegos no han abrigado dudas sobre la posibilidad de aplicar inmediatamente las disposiciones del Título I. Han aceptado hasta ahora la hipótesis de que estas disposiciones pertenecen al

<sup>90</sup> Kyriacopoulos: *Le Droit international et la Constitution hellénique de 1952* en *Gegenwartsprobleme des Internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie* 201, 211 (1953); Papacostas: *L'autorité des conventions internationales en Grèce*, 15 *Revue Hellénique de Droit International* 361, 363 (1962).

<sup>91</sup> Valticos: *Monisme ou Dualisme? Les rapports des traités et de la loi en Grèce (spécialement à propos des conventions internationales du travail)*, 11 *Revue Hellénique de Droit International* 203, 208 (1958).

<sup>92</sup> Patras: *L'autorité en Droit interne hellénique des traités internationaux*, 15 *Revue Hellénique de Droit International* 348, 360 (1962), así como los asuntos allí analizados; Papacostas, *supra*, nota 90, págs. 362-63.

<sup>93</sup> Valticos, *supra*, nota 91 pág. 224. Además, los tribunales están facultados para decidir si un tratado o algunas de sus disposiciones son incompatibles con la Constitución griega y, en caso afirmativo, para negarse a aplicar el tratado. Patras, *supra*, nota 92, pág. 360; Valticos, *supra*, nota 91, pág. 223. Véase un estudio comparativo del Convenio y de las disposiciones correspondientes de la Constitución griega, así como un análisis del argumento según el cual estos dos instrumentos no son incompatibles en modo alguno, en Kyriacopoulos: *Zur Einwirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention auf die Verfassung Griechenlands* en *Grundprobleme des Internationalen Rechtes* 285, 304-06 (1957).

<sup>94</sup> Grecia, Ley núm. 2329 (1953) *Gaceta Oficial*, I, núm. 68 (3 de marzo de 1953).

<sup>95</sup> Kyriacopoulos, *supra*, nota 93.

derecho griego y, por consiguiente, pueden ser objeto de aplicación inmediata sin necesidad de textos suplementarios al efecto. Así, la Corte Suprema de Grecia, después de haber señalado que en adelante el Convenio formará parte del derecho interno griego, ha decidido que una ley que autoriza y regula la construcción y conservación de edificios religiosos no constituye un atentado a la libertad de religión garantizada por el párrafo 1 del artículo 9 del Convenio. Al exponer los motivos, observa la Corte que dicha ley, además de carecer de todo carácter discriminatorio, era plenamente compatible con el párrafo 2 del artículo 9, que autoriza al Estado a dictar leyes limitativas del ejercicio de la libertad religiosa en la medida en que estas leyes sean medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, para la protección de la salud o la moral públicas o para la protección de los derechos y libertades del prójimo.<sup>96</sup>

El Consejo de Estado, que es en Grecia la suprema jurisdicción administrativa, ha afirmado también en múltiples ocasiones que el Convenio tiene "fuerza de ley" en Grecia.<sup>97</sup> Conviene observar, sin embargo, que esta jurisdicción, que tiene competencia exclusiva para entender en todo asunto en que se atribuya a la autoridad pública un abuso de poder en materia administrativa o en cualquier otra materia (por ejemplo, en caso de detención o prisión por delito político), ha interpretado constantemente el Convenio con un criterio erróneo hasta el punto de que cabe seriamente preguntarse si el Convenio se aplica efectivamente en Grecia. Así, en una sentencia dictada en 1954, el Consejo de Estado decidió que un demandante no podía invocar el artículo 5 del Convenio para impugnar la legalidad de su detención ininterrumpida, decretada en aplicación de una medida de excepción dictada en 1948 para reprimir la insurrección comunista. El Consejo de Estado decidió, habida cuenta del párrafo 1 del artículo 15 del Convenio, según el cual "en caso de guerra o en caso de peligro público que amenace la vida de la nación", que el Estado puede tomar medidas que se aparten de las obligaciones estipuladas en el Convenio, que el demandante no tenía derecho a reclamar, no obstante hallarse detenido de modo incompatible con el artículo 5, y que, por consiguiente, no era menester examinar la cuestión a fondo.<sup>98</sup> El Consejo de Estado razonó también de modo análogo en dos sentencias pronunciadas

<sup>96</sup> Corte Suprema (*Arios Pagos*), asunto núm. 386/1955, 9 *Revue Hellénique de Droit International* 206 (1956); 2 *Anuario* 606 (1958-59).

<sup>97</sup> Véase, por ejemplo, Consejo de Estado, asunto núm. 724/1954, 7 *Revue Hellénique de Droit International* 278 (1954).

<sup>98</sup> *Ibid.*

en 1961<sup>99</sup> y agregó que la cuestión de saber si existe realmente un estado de excepción que amenace la vida de la nación está más allá de la apreciación judicial.

Por diversos motivos, es imposible adherirse a estas conclusiones. Las disposiciones legislativas impugnadas en los tres asuntos planteados ante el Consejo de Estado estaban en vigor en Grecia en la fecha en que este país ratificó el Convenio. En virtud del artículo 64 de este instrumento, Grecia habría podido reservarse el derecho de aplicar dichas disposiciones; en efecto, el párrafo 1 del artículo 61 dispone:

En el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, todo Estado puede formular una reserva con respecto a una disposición concreta del Convenio, en la medida en que una ley vigente entonces en su territorio no esté en armonía con esta disposición. A los efectos del presente artículo, no se autoriza la formulación de reservas de carácter general.

Ahora bien, Grecia no formuló ninguna reserva en relación con las disposiciones legislativas aludidas<sup>100</sup> y, por consiguiente, parece que renunció a su derecho de aplicarlas. Sin embargo, debe suponerse que el derecho de establecer excepciones respecto de las leyes en vigor en la fecha de ratificación del Convenio subsiste porque estas leyes se limitan a prever el ejercicio de atribuciones extraordinarias en caso de excepción, como lo autoriza el párrafo 1 del artículo 15; por ello, el Estado que ejerce estas atribuciones ha de ajustarse al procedimiento definido en el párrafo 3 del artículo 15, en virtud del cual todo Estado que ejerce el derecho de establecer excepciones "comunicará al secretario general del Consejo de Europa informaciones completas sobre las medidas adoptadas y sobre los motivos que justifican su adopción". Grecia no se ha ajustado a lo prescrito. Se desprende en efecto del enunciado del párrafo citado que informar oportunamente al secretario general del propósito de ejercer el derecho de establecer excepciones es una obligación estricta para cada una de las Altas Partes Contratantes. La incertidumbre que pudiera reinar al respecto ha sido eliminada por la sentencia dictada por el Tribunal de los Derechos del Hombre

---

<sup>99</sup> Consejo de Estado, asunto núm. 35/1961; Consejo de Estado, asunto núm. 182/1961. El autor expresa vivo reconocimiento al Instituto Helénico de Derecho Internacional y Derecho Extranjero y, en particular, a su eminente director, el profesor Pan. J. Zepos, que ha tenido la gentileza de transmitirle una versión francesa de las actas judiciales de estos dos asuntos, así como del asunto núm. 1442/1955, citado en la nota 105.

<sup>100</sup> La única reserva hecha por Grecia se refiere al artículo 2 del Protocolo, que versa sobre el derecho a la instrucción y que no guarda relación con los asuntos que acabamos de mencionar.

en el asunto *Lawless*,<sup>101</sup> en su sentencia, el Tribunal, que se adhiere al dictamen de la Comisión de los Derechos del Hombre, decidió que un Estado sólo puede acogerse a lo dispuesto en el artículo 15 si ha notificado sin demora al secretario general las medidas de excepción que piensa adoptar y los motivos a que obedecen.<sup>102</sup> Por último, cuando el Consejo de Estado griego afirma que un Estado puede ejercer su derecho de establecer excepciones sin quedar sujeto a la apreciación de los tribunales, no puede apoyarse en ningún artículo del Convenio. Huelga decir que, de ser aceptado, este argumento daría a los gobiernos la posibilidad de privar de toda eficacia a los derechos garantizados por el Convenio, que quedaría reducido a una elocuente y vana declaración de principios. Consideramos, pues, que reviste especial interés señalar que el Tribunal de los Derechos del Hombre, al juzgar el asunto *Lawless*, no ha querido que subsistiera duda alguna sobre el hecho de que, a su juicio, el ejercicio del derecho de establecer excepciones está ciertamente sujeto a la apreciación de los tribunales.<sup>103</sup> Por consiguiente, y habida cuenta de que el Convenio ha cobrado fuerza de ley en Grecia, es difícil comprender cómo puede un tribunal griego, invocando el derecho de establecer excepciones, aplicar una ley incompatible con el Convenio si esta ley ha sido promulgada antes de la fecha de entrada en vigor del Convenio, sin averiguar como mínimo si el Estado ha ejercido el derecho de establecer excepciones en las formas prescritas.<sup>104</sup>

Es evidente, pues, que el Convenio, no obstante haber adquirido en Grecia el carácter de ley nacional, no ha sido llevado todavía a la práctica en ese país. Sin duda, los tribunales no son los únicos responsables de este lamentable estado de cosas, como lo pone de manifiesto un asunto que data de 1955.<sup>105</sup> En este asunto el demandante impugnaba una medida de excepción adoptada en 1945 y afirmaba que la prisión ininterrumpida de que había sido objeto desde entonces era una violación del Convenio. Ahora bien, el Consejo de Estado llegó a la conclusión de que el Parlamento había prorrogado la vigencia de esta medida por una ley promulgada *después* de la fecha de entrada en vigor del Convenio en Grecia. Teniendo en cuenta que en derecho griego, como hemos

<sup>101</sup> Asunto *Lawless* (Fondo), fallo de fecha 1° de julio de 1961, 4 Anuario 438 (1961).

<sup>102</sup> *Idem*, págs. 484-86.

<sup>103</sup> *Idem*, pág. 472.

<sup>104</sup> Por supuesto, la situación sería distinta si la ley supuestamente incompatible con la Constitución fuera posterior. En un caso de esta índole un tribunal griego no tendría libertad de apreciación y la ley constitucional griega sólo le autorizaría a aplicar el texto más reciente.

<sup>105</sup> Consejo de Estado, asunto núm. 1442/1955. Este asunto es estudiado por Papacostas, *supra*, nota 90, pág. 365.



visto, una ley posterior deja sin efecto las disposiciones de un tratado anterior que sean incompatibles con ella, el tribunal no tenía otra posibilidad sino la de hacer efectiva la voluntad del legislador y desechar la pretensión del demandante. Puede ocurrir, por lo demás, que ninguna de las leyes impugnadas viole verdaderamente el Convenio,<sup>106</sup> pero lo más lamentable es que las personas sujetas a la jurisdicción de los tribunales griegos no tengan en la práctica el derecho de comparecer ante estos tribunales para solicitar que éstos se pronuncien a su respecto. Esto es sobremanera grave teniendo en cuenta que Grecia no reconoce como obligatoria la jurisdicción del Tribunal de los Derechos del Hombre, ni el derecho de un particular a comparecer ante la Comisión Europea de los Derechos del Hombre.

### IRLANDA

La Constitución irlandesa dispone que “ningún acuerdo internacional formará parte de la legislación interna del Estado, salvo en los casos determinados por el Oireachtas”.<sup>107</sup> Por otra parte, en el inciso 1) del párrafo 2 del Artículo 15 de la Constitución, se estipula que “en lo que al Estado es refiere, el poder legislativo incumbe exclusivamente al Oireachtas: ningún órgano legislativo, salvo el mencionado, tiene atribuciones de dicho carácter”. Se desprende de dicha disposición que, salvo si el Oireachtas aprueba una ley que haga efectivo un tratado ratificado por Irlanda, dicho tratado sólo obliga a Irlanda con respecto a las demás partes contratantes, sin crear por ello derechos u obligaciones que se puedan invocar ante los tribunales irlandeses.<sup>108</sup>

Irlanda depositó un instrumento de ratificación del Convenio el 25 de febrero de 1953; ha reconocido además el derecho de un

<sup>106</sup> En una crónica desde Atenas, aparecida en el *New York Times* del 1° de marzo de 1964, se anuncia que el Gobierno griego presidido por el Sr. Papandreu va a presentar un proyecto de ley que tendría por efecto “liberar alrededor de las dos quintas partes de los presos comunistas griegos, abolir la deportación por motivos políticos y derogar los reglamentos en virtud de los cuales la policía puede prohibir, por motivos políticos, el acceso al trabajo a los que buscan empleo”. *New York Times*, 2 de marzo de 1964, pág. 8, col. 5.

<sup>107</sup> Constitución de Irlanda, Art. 29.6. El Oireachtas se compone del Presidente de la República, de la Cámara de Representantes (Dáil Eireann) y del Senado (Seanad Eireann). Véase la Constitución de Irlanda, Art. 15.1 (2).

<sup>108</sup> Véase Lang: *A Constitutional Aspect of Economic Integration: Ireland and the European Common Market*, 12 *International and Comparative Law Quarterly*, 552, 561 (1963).

particular a comparecer ante las jurisdicciones europeas y ha aceptado también como obligatoria la jurisdicción del Tribunal de los Derechos del Hombre, pero el Oireachtas no ha dictado hasta ahora ningún texto de aplicación en la materia. Sin embargo, el Convenio ha sido invocado ya ante los tribunales irlandeses en relación con un asunto muy interesante que tuvo como origen un procedimiento de *habeas corpus* entablado por un irlandés apellidado Lawless.<sup>109</sup> Sospechoso de pertenecer a la organización ilegal denominada Ejército Republicano Irlandés (IRA), Lawless fue detenido bajo la acusación de desarrollar actividades contra la seguridad del Estado e internado por decisión administrativa, todo ello en armonía con lo dispuesto en la Ley de 1940 que modificó la Ley sobre los delitos contra la seguridad del Estado.<sup>110</sup> Para impugnar la legalidad de su internamiento, Lawless se apoyó concretamente en los artículos 5 y 6 del Convenio. Su abogado,<sup>111</sup> que no ignoraba que la ratificación del Convenio por Irlanda no bastaba para incorporarlo al derecho interno irlandés, adujo un argumento bastante ingenioso para superar este impedimento jurídico. Hizo valer que el Gobierno, después de haber ratificado el Convenio y habiéndose comprometido a cumplir con las obligaciones dimanantes, debería ver denegado su derecho a ejercer las atribuciones que fueran incompatibles con el Convenio. Sin embargo, ni el Alto Tribunal<sup>112</sup> ni la Corte Suprema<sup>113</sup> aceptaron este modo de ver. La Corte Suprema, después de haber hecho observar que el Oireachtas no había adoptado las medidas necesarias para incorporar el Convenio al derecho interno, recordó que, de conformidad con las esti-

<sup>109</sup> In re Ó'Laighléis (Lawless) (1960) Ir. R. 93 (1957), *aff'd* (1960), Ir. R. 109 (1957).

<sup>110</sup> Irlanda, Ley núm. 2 de 1940 que modifica la Ley sobre los delitos contra la seguridad del Estado. Esta Ley completa la Ley núm. 13 de 1939 sobre los delitos contra la seguridad del Estado. Ambas tenían por objeto salir al paso de las actividades subversivas del IRA. Véase, *pássim*, Kelly: *Fundamental Rights in the Irish Law and Constitution* 52-59 (1961). En su artículo 4 (1), la Ley de 1940 autoriza a un ministro de Estado a dictar una orden de busca y captura contra toda persona que, a su juicio, desarrolle actividades que pongan en peligro "el mantenimiento del orden público o la seguridad del Estado". El artículo 3 (2) de la misma Ley supedita el ejercicio de esta facultad a la publicación de una declaración gubernamental según la cual es conveniente y necesario ejercer las facultades definidas en la ley para "mantener el orden público".

<sup>111</sup> Lawless tuvo como abogado al Sr. Séan MacBride, S.C., ex ministro de Relaciones Exteriores de Irlanda y actual secretario general de la Comisión Internacional de Juristas.

<sup>112</sup> In re Ó'Laighléis (Lawless), (1960) Ir. R. 93, 102 a 104 (1957).

<sup>113</sup> *Idem*, págs. 124 a 126.

pulaciones expresas de la Constitución irlandesa, "no podía hacer efectivo el Convenio si éste estaba en pugna con el derecho interno, o bien si tenía por objeto reconocer derechos o imponer obligaciones cuya existencia no estaba prevista, en ningún caso, por el derecho interno".<sup>114</sup> Refiriéndose luego, más concretamente, al argumento de la defensa, la Corte Suprema declaró lo siguiente:

En consecuencia, la Corte no puede aceptar que las leyes nacionales dejen de tener primacía por el hecho de que el Estado sea parte en el Convenio para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales. No acepta tampoco que, ante los tribunales irlandeses, el Gobierno vea denegado, en lo más mínimo, su derecho a apoyarse en el orden jurídico interno. Puede ocurrir que esta excepción sea aceptable en los litigios entre las Altas Partes Contratantes del Convenio, pero éste no es el caso en relación con un tribunal irlandés que aplica el derecho irlandés.<sup>115</sup>

En el sentir del Tribunal Europeo, el defensor no podía esperar tampoco que obtendría la liberación de Lawless si pedía al Tribunal que interpretase la Ley de 1940 de suerte que no atentara contra las reglas generales del derecho internacional (así describía los artículos 5 y 6 del Convenio)), porque el derecho interno debe tener primacía en relación sobre las disposiciones del derecho internacional cuando son incompatibles con éste.<sup>116</sup> Como se ve, pues, no se puede invocar con éxito el Convenio ante los tribunales irlandeses frente a leyes y reglamentos nacionales anteriores o posteriores.

Recordemos de paso que Lawless compareció ante la Comisión Europea de los Derechos del Hombre, que declaró admisible su demanda<sup>117</sup> y la transmitió el 12 de abril de 1960 al Tribunal de los Derechos del Hombre, que recibió así su primer asunto que fallar.<sup>118</sup> El Tribunal decidió que la detención de Lawless constituía una violación del inciso c) del párrafo 1 del artículo 5 y del párrafo 3 del artículo 5 del Convenio, porque no había sido decretada con objeto de garantizar su comparecencia dentro de un plazo razonable ante una autoridad judicial competente que tendría que pronunciarse sobre la legalidad de la detención o examinar a fondo las acusaciones

<sup>114</sup> *Idem*, pág. 125.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> *In re Ó'Laighléis (Lawless)*, (1960) Ir. R. 93, 124 (1957).

<sup>117</sup> Demanda núm. 332/57, decisión de fecha 30 de agosto de 1958, 2 Anuario 308 (1958-59).

<sup>118</sup> Véase Asunto *Lawless* (Objeciones preliminares y cuestiones de procedimiento), fallo de fecha 14 de noviembre de 1960, 3 Anuario 492 (1960); Asunto *Lawless* (Fondo), fallo de fecha 1° de julio de 1961, 4 Anuario 438 (1961).

formuladas contra el detenido.<sup>119</sup> Sin embargo, llegó a la conclusión de que el Gobierno irlandés no había obrado ilegalmente, teniendo en cuenta que el artículo 15 del Convenio autoriza a un Estado, en tiempo de guerra o durante un periodo de excepción que ponga en peligro la existencia de la nación, a adoptar medidas que se aparten de las obligaciones que le impone el Convenio, "en la medida en que, estrictamente, la situación lo requiera...". En 1957 el Gobierno irlandés había notificado al secretario general del Consejo de Europa que se veía obligado a invocar el artículo 15 para luchar contra las actividades terroristas del IRA. En el sentir del Tribunal, Irlanda tenía perfecto derecho a ejercer su prerrogativa de establecer excepciones, teniendo en cuenta las condiciones reinantes entonces en su territorio. Por estos motivos, habiendo llegado a la conclusión de que las medidas adoptadas respecto de Lawless tenían el carácter previsto en la excepción notificada por Irlanda, el Tribunal rechazó la demanda.<sup>120</sup> Observemos, para terminar, que, por una nota de fecha 3 de abril de 1962, el Ministerio irlandés de Relaciones Exteriores comunicó al secretario general del Consejo de Europa que las disposiciones, aplicadas al caso que nos ocupa, de la Ley de 1940 que modificó la Ley sobre los delitos contra la seguridad del Estado "habían cesado de estar en vigor a partir del 9 de marzo de 1962, fecha en que el Gobierno irlandés publicó... una proclamación al efecto".<sup>121</sup>

### ITALIA

Italia ratificó el Convenio en 1955. En este país un tratado aprobado por las Cámaras adquiere *ipso facto* fuerza de ley.<sup>122</sup> Por tener este carácter, puede derogar las leyes anteriores que sean incompatibles con él.<sup>123</sup> Sin embargo, "una ley posterior puede modificar e incluso anular un tratado anterior".<sup>124</sup> Determinar la constitucionalidad de las leyes es función que compete al Tribunal Consti-

<sup>119</sup> Asunto *Lawless* (Fondo), *supra*, nota 118, págs. 464-66.

<sup>120</sup> *Idem*, pág. 486. Véase un análisis de este asunto en O'Higgins: *The Lawless Case*, (1962) Camb. L. J. 234; Robertson: *Lawless v. the Government of Ireland* (Second Phase), 37 *British Yearbook of International Law* 537 (1962).

<sup>121</sup> Comunicación del secretario general del Departamento de Relaciones Exteriores de la República de Irlanda, 5 *Anuario* 6 (1962).

<sup>122</sup> *Combes de Lestrade v. Ministerio de Hacienda*, Tribunal de Casación, fallo de fecha 31 de octubre de 1955, (1956) *Jurisprudentia Italiana*, I, pág. 128, (1955) *International L. Rep.* 882; Mosler: *L'application du Droit international public par les tribunaux nationaux*, 91 *Recueil des Cours* 619, 638 (1957).

<sup>123</sup> Sereni: *The Italian Conception of International Law*, 322-23 (1943).

<sup>124</sup> Bebr: *Judicial Control of the European Communities* 223 (1962).

tucional,<sup>125</sup> que puede también apreciar la constitucionalidad de los tratados.<sup>126</sup>

Por consiguiente, el Convenio tiene fuerza de ley en Italia a partir de su aprobación por las Cámaras,<sup>127</sup> pero conviene observar al respecto que los parlamentarios no pudieron llegar a un acuerdo sobre los efectos jurídicos que produciría esta transformación.<sup>128</sup> Por ejemplo, a juicio de la Comisión Permanente de Asuntos Extranjeros y Coloniales de la Cámara de Diputados, el Convenio no creaba derechos que se pudieran hacer valer directamente en el interior de los Estados partes, sino que formulaba meramente compromisos generales que tenían fuerza obligatoria entre las partes en sus relaciones internacionales solamente. En otras palabras, el Convenio no podía ser objeto de aplicación inmediata.<sup>129</sup> En cambio, la Comisión Permanente de Asuntos Extranjeros y Coloniales del Senado afirmó que los tribunales italianos debían aplicar el Convenio sin que fuera necesario dictar leyes y reglamentos de aplicación complementaria.<sup>130</sup> El reducidísimo número de sentencias que han pronunciado los tribunales italianos con aplicación del Convenio no permite todavía llegar a una conclusión definida sobre la posición que adoptarán estos tribunales. Parece, en efecto, que el Convenio sólo ha sido invocado en Italia en dos ocasiones. Primeramente, en un asunto de bilingüismo que tenía por escenario la provincia del

<sup>125</sup> Cassandro: *The Constitutional Court of Italy*, 8 *American Journal of Comparative Law* 1, 4 (1959); Sanduli: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien*, en Heidelberg Colloquium on International Jurisdiction 292, 305 (publ. bajo la dirección de Mosler, 1962); Telchini: *La Cour constitutionnelle en Italie*, 15 *Revue internationale de Droit comparé* 33, 38 (1963).

<sup>126</sup> De Visscher: *La Communauté européenne du charbon et de l'acier et les Etats membres*, en 2 *Actas Oficiales del Congreso Internacional de Estudios sobre la CECA* 7, 50 (1957); Bebr: *op. cit.*, *supra*, nota 124, pág. 223. Si bien el párrafo 1 del Artículo 10 de la Constitución italiana dispone que "el ordenamiento jurídico italiano se ajusta a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas" (el autor cita la versión inglesa que figura en 2 Peaslee: *Constitutions of Nations* 482 (2a edición, 1956), no parece que esta disposición se aplique a los tratados. Fiore: *The Relation of the International to the Domestic Law and the Italian Constitution*, en 1 *Aktuelle Probleme des Internationalen Rechtes* 165, 171 y 175-76 (Schriftenreihe der Deutschen Gruppe der AAA, 1957).

<sup>127</sup> Ley del 24 de agosto de 1955, núm. 848, (1955) *Gazetta Ufficiale*, núm. 221, pág. 3372.

<sup>128</sup> Véase un resumen de los debates y de los dictámenes de las comisiones relativos al Convenio en Partsch: *Die europäische Menschenrechtskonvention vor den nationalen Parlamenten*, en 17 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 93, 127-31 (1956-57).

<sup>129</sup> *Idem*, pág. 130.

<sup>130</sup> *Idem*, pág. 128. Un comentarista, basándose en el dictamen del Senado, ha formulado la hipótesis de que el Convenio es una ley italiana que puede ser objeto de aplicación inmediata. Süsterhenn: *L'application de la Convention sur le plan du droit interne*, 10 *Anales* 303, 310 (1961).

Alto Adige (Tirol del Sur),<sup>131</sup> el Tribunal Constitucional, sin plantearse la cuestión de determinar el carácter del Convenio en derecho italiano, se limitó a observar que este instrumento no podía ejercer ninguna influencia sobre la sentencia definitiva, porque la ley impugnada garantizaba a los italianos de idioma alemán derechos más amplios que los derechos de que podrían gozar al amparo del Convenio.<sup>132</sup> En otro asunto más reciente, la Corte Suprema de Italia reconoció que, al no recoger ciertos testimonios como debía, el juez sentenciador había vulnerado una regla del procedimiento criminal italiano, así como el artículo 6 del Convenio. Agregó, no obstante, que el procesado, al no consignar su objeción en el momento oportuno, había perdido todo derecho a oponerse por este motivo a la condena de que había sido objeto.<sup>133</sup> Este tribunal no se ha preocupado en demasía por aportar pruebas que corroboren su declaración muy general, según la cual las reglas del procedimiento criminal italiano están en armonía con las disposiciones del Convenio,<sup>134</sup> y el Convenio ha sido ratificado por las Cámaras del modo poco concluyente que hemos descrito; por ello, no es posible afirmar con certeza si el Convenio puede o no ser objeto de aplicación inmediata en derecho italiano..

Un número bastante considerable de juristas se pronuncian en sentido afirmativo.<sup>135</sup> Sin embargo, es interesante observar que, al defender la posición de su país, que se había negado a reconocer el derecho, para los particulares, de comparecer ante las jurisdicciones europeas, así como a aceptar como obligatoria la jurisdicción del Tribunal de los Derechos del Hombre, el ministro italiano de Relaciones Exteriores hizo en 1961 la declaración siguiente:

Habida cuenta de las importantes consecuencias que las sentencias del Tribunal de los Derechos del Hombre podrían tener en el orden jurídico interno de nuestro país, el Gobierno de Italia . . . ha considerado preferible no adherirse a ciertas cláusulas del Convenio que le impondrían obligaciones concretas, hasta que esas cláusulas hayan sido aceptadas por casi todos los Estados miembros. . .

Conviene agregar que para los Estados, entre ellos Italia, en los que la separación de los poderes es total, la adhesión al artículo 46 (Reconocimiento como obligatoria de la jurisdicción del Tribunal) podría dar lugar a gravísimas dificultades. . .

<sup>131</sup> Italia, Pres. Regione Trentino-Alto Adige v. Pres. Cons. ministri, Tribunal Constitucional, fallo de fecha 11 de marzo de 1961, 44 Rivista di Diritto Internazionale 670 (1961).

<sup>132</sup> *Idem*, pág. 676.

<sup>133</sup> Tribunal de Casación, fallo de 6 de febrero de 1962, 87 Foro Italiano, II, 315 (1962).

<sup>134</sup> *Idem*, pág. 317.

<sup>135</sup> Véanse Süsterhenn, *supra*, nota 130, pág. 310; Sperduti: *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il suo sistema di garanzie*, 46 Rivista di Diritto Internazionale, 161, 174 (1963); Vasak: *La Convention européenne des droits de l'homme* 241 (1964).

Para ajustarse a una decisión del Tribunal de los Derechos del Hombre que otorga una satisfacción equitativa a la parte lesa (artículo 50), sería menester modificar, en algunos puntos, el orden jurídico interno italiano, lo que plantearía la cuestión de saber qué adaptaciones convendría introducir eventualmente en este orden para que pueda cumplir con una obligación concreta de este género.<sup>136</sup>

En esta declaración gubernamental quizá se dé a entender que el Convenio no puede ser objeto de aplicación inmediata en el plano interno. En efecto, si fuera posible invocar con eficacia el Convenio ante los tribunales italianos, se podría sostener que las dificultades previstas por el ministro de Relaciones Exteriores tendrían menos probabilidades de plantearse. Ahora bien, teniendo presente que los tribunales italianos no han de regirse por la definición de un acuerdo internacional que haga el Gobierno,<sup>137</sup> tal vez consideren que las disposiciones del Título I del Convenio pueden ser objeto de aplicación inmediata en derecho italiano.

### LUXEMBURGO

Cuando el Gobierno y las Cámaras de Luxemburgo examinaron la posibilidad de ratificar y aprobar el Convenio, partieron aparentemente de la hipótesis de que este texto tendría prelación sobre las leyes nacionales promulgadas antes o después de su aprobación.<sup>138</sup> La base jurídica de esta hipótesis está constituida por los fallos, bastante recientes pero que no dejan subsistir ningún equívoco, emitidos por los órganos judiciales más elevados de Luxemburgo sobre el carácter de los tratados en derecho interno.<sup>139</sup> Se afirma en estos fallos que los acuerdos internacionales debidamente aprobados por el poder legislativo y publicados de conformidad con la ley tienen prelación sobre las leyes que sean incompatibles con ellos, tanto si son anteriores como posteriores.<sup>140</sup> Así, en 1950 la Corte Suprema de Luxemburgo anuló una sentencia condenatoria por que

<sup>136</sup> Senado italiano, 25 de febrero de 1961, 4 Anuario 596-98 (1961).

<sup>137</sup> Bebr; *op. cit.*, *supra*, nota 124, pág. 223; Sereni, *op. cit.*, *supra*, nota 131, pág. 324.

<sup>138</sup> Véase Vasak, *op. cit.*, *supra*, nota 135, págs. 241-42.

<sup>139</sup> Véase un análisis de esta jurisprudencia en Pescatore: *L'autorité, en droit interne, des traités internationaux selon la jurisprudence luxembourgeoise*, 18 *Pasicrisie Luxembourgeoise* (denominada en lo sucesivo "Pas. Lux.") 87 (1962).

<sup>140</sup> *Chambre des Métiers v. Pagani*, Tribunal Superior de Justicia (Casación criminal), fallo de fecha 4 de julio de 1954, 16 *Pas. Lux.* 150 (1954-56); *Dieudonné v. Administration des Contributions, Consejo de Estado (Comité de lo Contencioso)*, fallo de fecha 28 de julio de 1951, 15 *Pas. Lux.* 263 (1950-53); *Ministère Public v. Brasseur*, Tribunal Superior de Justicia (recurso correccional), fallo de fecha 21 de julio de 1951, 15 *Pas. Lux.* 233 (1950-53); *Huberty v. Ministère Public*, Tribunal Superior de Justicia (Casación criminal), fallo de fecha 8 de junio de 1950, 15 *Pas. Lux.* 41 (1950-53).

la ley vulnerada por el procesado era incompatible con lo dispuesto en un tratado y, por consiguiente, no podía ser invocada contra el procesado, aunque esta ley fuera posterior al tratado. La Corte Suprema subrayó que "en caso de conflicto entre las disposiciones de un tratado internacional y las de una ley nacional, aunque sea posterior, el derecho internacional tiene prelación sobre el orden jurídico interno".<sup>141</sup> Posteriormente, el mismo tribunal ha expuesto de nuevo esta doctrina con motivo de pronunciar otro fallo; señaló que, por lo general, los efectos de leyes sucesivas y antagónicas dependen de la fecha de su promulgación. La Corte hizo notar además que no ocurre así si las disposiciones de un tratado son incompatibles con una ley nacional, porque el tratado está situado en una categoría más elevada de los textos normativos. En consecuencia, lo dispuesto en un tratado, inclusive más antiguo, que haya sido aprobado por el poder legislativo tendrá prelación sobre una ley, aunque sea posterior.<sup>142</sup> Al igual que un comentarista luxemburgués, conviene observar que el principio en que se basa la supremacía jerárquica de los tratados tiene únicamente su origen en la jurisprudencia<sup>143</sup> y que hasta 1950 la magistratura tendía a resolver los conflictos de leyes que surgieran entre instrumentos internacionales y leyes nacionales mediante la aplicación del más reciente de los dos textos incompatibles.<sup>144</sup>

El Convenio ha sido debidamente aprobado por el poder legislativo de Luxemburgo y publicado luego según las formalidades prescritas por la ley;<sup>145</sup> por ello, debería técnicamente tener prelación sobre todas las leyes nacionales, sea cual fuere la fecha de su promulgación, siempre y cuando la disposición que se pretenda hacer efectiva pueda ser objeto, naturalmente, de aplicación inmediata.<sup>146</sup> Ahora bien, un tribunal inferior de Luxemburgo ha fallado recientemente que el Convenio no puede ser invocado con éxito ante los tribunales.<sup>147</sup> En esta causa el procesado fue decla-

<sup>141</sup> Huberty v. Ministère Public, *supra*, nota 140, pág. 42.

<sup>142</sup> Chambre des Métiers v. Pagani, *supra*, nota 140, pág. 152.

<sup>143</sup> Pescatore: *La prééminence des traités sur la loi interne selon la jurisprudence luxembourgeoise*, 68 Journal des Tribunaux 645 (1953).

<sup>144</sup> Pescatore: *L'autorité, en droit interne, des traités internationaux selon la jurisprudence luxembourgeoise*, 18 Pas. Lux. 87, 112-13 (1962).

<sup>145</sup> Ley del 29 de agosto de 1953, (1953) Memorial del Gran Ducado de Luxemburgo 1099. En el párrafo 2 del artículo 1 de esta ley se dispone que "la ejecutarán y aplicarán todos los que están sujetos a su cumplimiento".

<sup>146</sup> Véase *Brasserie Henri Funck & Cie. v. Kieffer*, Tribunal de Distrito de Luxemburgo (Comercio), fallo de fecha 8 de diciembre de 1960, 18 Pas. Lux. 553, 556-57 (1960-62); en este fallo el tribunal no ha considerado que el artículo 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea pueda ser objeto de aplicación inmediata, por su misma naturaleza, y no ha podido así ser alegado para anular un contrato entre las partes.

<sup>147</sup> Tribunal de Jurisdicción Sumaria, fallo de fecha 24 de octubre de 1960, 4 Anuario 622 (1961).



rado culpable y condenado al pago de un multa por haber alquilado películas cinematográficas a un precio más elevado que el autorizado por la ley luxemburguesa. Interpuso recurso contra la sentencia, sin cumplir, no obstante, una disposición de la ley en virtud de la cual "un recurso sólo será admisible si va acompañado por el recibo correspondiente al abono íntegro de la multa impuesta". El ministerio público puso, pues, de manifiesto el carácter inadmisibile del recurso; la defensa afirmó que la ley era incompatible con la Constitución luxemburguesa, así como con el artículo 6 del Convenio. El tribunal se pronunció en favor del ministerio público y, después de haber examinado el Convenio en su conjunto, decidió que "en virtud de lo dispuesto en el Convenio, los derechos y los principios enunciados en él sólo puede ser invocados directamente o servir de base a un recurso ante los tribunales nacionales, y sólo pueden servir de base ante las jurisdicciones internacionales, de conformidad con las condiciones enunciadas y estipuladas en el Convenio".<sup>148</sup> Sin duda, es difícil aceptar que la ley impugnada era incompatible con el Convenio, a menos que el recurrente pudiera probar que era incapaz de abonar el importe de la multa; en cambio, cabe legítimamente poner en duda la validez de las consideraciones aducidas por el tribunal para rechazar el recurso. En primer lugar, el tribunal no ha hecho siquiera referencia a un asunto anterior que el órgano judicial más elevado del país había resuelto en sentido opuesto, por lo menos implícitamente.<sup>149</sup> Se trataba en este caso de un recurso contra una condena dictada en aplicación de un decreto ministerial que limitaba temporalmente el empleo de ciertos carburantes de propulsión, y se afirmaba en particular que esta condena violaba el párrafo 1 del artículo 5 del Convenio. La Corte Suprema rechazó esta argumentación, pero llegó antes a la conclusión de que no había sido violado ninguno de los derechos garantizados por el Convenio.<sup>150</sup> Si bien es cierto que este razonamiento no permite llegar a ninguna conclusión definitiva, pone de manifiesto, sin embargo, que la Corte Suprema se ha adherido a la hipótesis según la cual el Convenio tiene el carácter de ley luxemburguesa y puede ser invocado directamente ante los tribunales. En segundo lugar, el tribunal inferior no parece haber pretendido que el artículo 6 del Convenio era demasiado impreciso para ser objeto de aplicación inmediata; al contrario, llegó a la conclusión de que, en virtud de sus estipulaciones, el Convenio crea derechos que sólo pueden ser invocados por medio de un recurso ante una jurisdicción internacional.

<sup>148</sup> *Idem*, pág. 630.

<sup>149</sup> *Ministère Public v. Wehrer*, Tribunal Superior de Justicia (recurso correccional), fallo de fecha 25 de enero de 1958, 17 Pas. Lux. 248 (1957-59).

<sup>150</sup> *Idem*, pág. 252.

Sin duda, cabe afirmar que el orden jurídico interno no brinda a los particulares ninguna posibilidad de recurso contra los atentados a los derechos garantizados por el Convenio. Si así ocurre, ello se debe sencillamente a que el Estado culpable no cumple con sus obligaciones internacionales. Como hizo observar hace algún tiempo la Comisión Europea de los Derechos del Hombre:

De conformidad con los principios generales del derecho internacional, que se manifiestan tanto en el espíritu del Convenio como en las labores preliminares, las Partes Contratantes se han comprometido a poner sus legislaciones nacionales en armonía con el Convenio y, llegado el caso, a introducir todas las modificaciones necesarias con este objeto, porque el Convenio tiene fuerza obligatoria para todas las autoridades de las Partes Contratantes, entre ellas el poder legislativo.<sup>151</sup>

Sin embargo, muy distinto es afirmar que, en virtud de sus estipulaciones, el Convenio crea derechos que sólo pueden ser invocados por medio de un recurso ante una jurisdicción internacional. Una afirmación de esta índole es tan manifiestamente errónea que es difícil creer que el Convenio, a pesar de las estipulaciones expresa de que consta, tiene por objeto afirmar que el artículo 6 no puede ser objeto de aplicación inmediata. En caso contrario, difícil será comprender el artículo 13 del Convenio, en el cual se dispone netamente que:

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a que se le conceda un recurso efectivo ante una autoridad nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

En consecuencia, si bien los tribunales superiores de Luxemburgo pueden considerar que algunas disposiciones del Convenio no pueden ser objeto de aplicación inmediata según el derecho luxemburgués, es por lo menos razonable suponer que no harán suya la conclusión de los tribunales inferiores según la cual, por su misma naturaleza, los derechos garantizados por el Convenio sólo pueden ser invocados por medio de un recurso ante la Comisión Europea de los Derechos del Hombre y el Tribunal de los Derechos del Hombre.<sup>152</sup>

<sup>151</sup> Demanda núm. 214/56, decisión del 9 de junio de 1958, 2 Anuario 214, 234 (1958-59).

<sup>152</sup> El reciente trabajo de Pescatore: *Conclusion et effet des traités internationaux* es un excelente estudio sobre la aplicación de los tratados en el interior del país según el derecho luxemburgués.

## PAISES BAJOS

En virtud de la Ley del 22 de mayo de 1953 se introdujeron importantísimas modificaciones en la Constitución neerlandesa.<sup>153</sup> Estas modificaciones fueron precisadas por enmiendas complementarias promulgadas en 1956.<sup>154</sup> En virtud del Artículo 66 de la Constitución neerlandesa así modificada:

Las leyes en vigor en el territorio del Reino no serán aplicables si su aplicación fuera incompatible con las disposiciones de tratados (internacionales) que tengan fuerza obligatoria para los ciudadanos y hayan sido concertados antes o después de la promulgación de estas leyes.<sup>155</sup>

En el Artículo 60 se dispone, en particular, que “el poder judicial no está facultado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los acuerdos internacionales”. Es evidente que, de modo general, estas disposiciones enuncian la primacía de los tratados sobre todos los demás textos legislativos y reglamentarios nacionales.<sup>156</sup>

El análisis de estas disposiciones revela que, al referirse en el Artículo 66 a los tratados “que tengan fuerza obligatoria para los ciudadanos”, el legislador ha querido referirse a los tratados que pueden ser objeto de aplicación inmediata.<sup>157</sup> Además, si se tienen a la vez en cuenta los Artículos 66 y 60, es evidente, en primer lugar, que, en lo que se refiere a los tribunales, los acuerdos internacionales tienen prelación sobre la Constitución neerlandesa.<sup>158</sup>

<sup>153</sup> Ley del 22 de mayo de 1953, núm. 261 (1953) Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden 451. Se ha publicado una versión inglesa de estas modificaciones en Unión Interparlamentaria: *Constitutional and Parliamentary Information*, núm. 13, pág. 104 (3a serie, 1953).

<sup>154</sup> Ley del 11 de septiembre de 1956, núm. 472, (1956) Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden 1211. Véase la versión inglesa en Unión Interparlamentaria: *Constitutional and Parliamentary Information*, núm. 29, pág. 26 (3a serie, 1957).

<sup>155</sup> El autor cita la excelente traducción inglesa de esta disposición en Erades & Gould: *The Relation between International Law and Municipal Law in the Netherlands and in the United States: A Comparative Study* 201 (1961).

<sup>156</sup> Véase Van Panhuys: *The Netherlands Constitution and International Law*, 47 *American Journal of International Law*, 537, 553 (1953); Zimmermann: *Die Neuregelung der auswärtigen Gewalt in der Verfassung der Niederlande*, 15 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 164, 195 (1953/54). Estas monografías versan en realidad sobre las modificaciones de 1953, pero se aplican igualmente a las de 1956; en efecto, éstas se limitan, en gran medida, a explicar y ordenar las disposiciones mencionadas en primer lugar.

<sup>157</sup> Bauer: *Die niederländische Verfassungsänderung von 1956 betreffend die auswärtige Gewalt*, 18 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 137, 152 (1957/58); Erades & Gould, *op. cit.*, *supra*, nota 155, págs. 325-26.

<sup>158</sup> Si bien es cierto que los tribunales no pueden apreciar si un tratado es inconstitucional, parece, en cambio, que el Parlamento tiene la obligación de no aprobar tratados incompatibles con la Constitución.

y sobre todos los demás textos legislativos y reglamentarios, sea cual fuera la fecha de su promulgación.<sup>159</sup> En segundo lugar, incumbe a los tribunales apreciar si existe incompatibilidad entre un tratado y una ley nacional, tanto si se trata de una ley ordinaria como de un texto constitucional, y, de haber, a su juicio, incompatibilidad, los tribunales habrán de aplicar el tratado.<sup>160</sup> Observemos de paso que los adversarios de la introducción de modificaciones en la Constitución reconocieron que era necesario y conveniente al propio tiempo enunciar la primacía de los tratados en la jerarquía de los textos legislativos. Sin embargo, no consideraron útil confiar a los magistrados la misión de decidir si había o no incompatibilidad entre un instrumento internacional y las leyes nacionales, y prefirieron atribuir al Parlamento el privilegio de llegar a una conclusión en la materia.<sup>161</sup> Puede explicarse su actitud si se recuerda que los tribunales neerlandeses no están facultados para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes.<sup>162</sup> Así, las modificaciones introducidas en la Constitución en relación con los tratados han modificado profundamente el equilibrio existente antes entre los poderes legislativo y judicial.

Se desprende de lo que antecede que las disposiciones del Título I del Convenio deberían tener prelación, en caso de incompatibilidad, sobre las leyes que fueran anteriores o posteriores o sobre la Constitución neerlandesa; a este respecto merece especial atención una causa reciente.<sup>163</sup> El procesado, un sacerdote católico apellidado Van Loon, había sido declarado culpable por haber celebrado un oficio católico en lugar público y por haber participado en un procesión religiosa en una vía pública, con infracción del Artículo 184 de la Constitución neerlandesa, que sólo autoriza la celebración de oficios religiosos en el interior de un edificio o en otros lugares cerrados. Un tribunal de apelación anuló la sentencia condenatoria por considerar que la disposición constitucional invocada en el caso que nos ocupa era incompatible con el artículo 9

<sup>159</sup> Esta es la opinión más general en los Países Bajos. Erades & Gould, *op. cit.*, *supra*, nota 155, pág. 416; Van Panhuys, *supra*, nota 156, pág. 557; Beaufort: *Some Remarks about the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, en *Varia Juris Gentium (Liber Amicorum en homenaje a J. P. A. François)* 42, 45 (1959).

<sup>160</sup> Véase Zimmermann, *supra*, nota 156, pág. 201; Van Panhuys, *supra*, nota 156, pág. 553.

<sup>161</sup> Véase un estudio detallado de estos debates en Zimmermann, *supra*, nota 156, págs. 197-201.

<sup>162</sup> Véase la Constitución del Reino de los Países Bajos, Art. 131 (2) (antes 124 (2)). Hay una traducción inglesa de la Constitución, menos las enmiendas de 1953 y de 1956 en 2 Peaslee: *Constitutions of Nations 754* (2a edición, 1956); véase también Erades & Gould, *op. cit.*, *supra*, nota 155, pág. 414.

<sup>163</sup> *Ministerio Público v. Van Loon*, Tribunal de Arnhem, fallo de fecha 8 de marzo de 1961, 4 Anuario 630 (1961).

del Convenio. En su párrafo 1, este artículo estipula, en efecto, que toda persona tiene derecho a la libertad de religión y que este derecho incluye la libertad de manifestar su religión o su creencia tanto en público como en privado. Se dispone en el párrafo 2 del artículo 9 que “la libertad de manifestar su religión o sus creencias no podrá ser objeto de otras limitaciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral públicas, o para la protección de los derechos y libertades del prójimo”.

El tribunal llegó a la conclusión, en primer lugar, de que los actos imputados al procesado se debían considerar como la manifestación pública de la religión católica, en el sentido del párrafo 1 del artículo 9 del Convenio. Según el tribunal, la expresión “manifestar su religión o su creencia” en público se refería a los servicios religiosos celebrados fuera de un edificio y en lugares públicos. Por eso, el tribunal llegaba a la conclusión de que “si los autores del Convenio hubiesen querido limitar esta libertad a la manifestación pública de sentimientos religiosos dentro de los edificios y en lugares cerrados, no habrán dejado de hacerlo en el artículo 9”.<sup>164</sup> El tribunal decidió, en definitiva, que la condena del procesado no se podía considerar como una limitación admisible con arreglo al párrafo 2 del artículo 9 del Convenio. En teoría, solamente se podía haber invocado como excepción la relativa a “la seguridad pública”, pero no podía hacerse así en este caso concreto. En uno de los motivos expuestos, el tribunal hizo observar que la disposición constitucional invocada por el ministerio público no había parecido manifiestamente indispensable para el mantenimiento del orden público, ni había sido adoptada con el exclusivo objeto de mantenerlo. Además, era conveniente apreciar, a la luz de la situación actual, lo que era necesario para el mantenimiento del orden público; por eso, el legislador, al aprobar el Artículo 184 de la Constitución, aunque sólo tuviera presente la necesidad de mantener el orden público, “no podía dictar normas válidas para apreciar lo que requeriría su mantenimiento más de *cient años* después”.<sup>165</sup> El ministerio público interpuso recurso contra la sentencia ante la Corte Suprema de los Países Bajos, que casó el fallo del tribunal de apelación.<sup>166</sup> La Corte Suprema rechazó el argumento del ministerio público, según el cual el derecho de manifestar creencias en público, tal y como lo garantiza el párrafo 1 del artículo 9 del Convenio, tenía exclusivamente por objeto evitar que los fieles se viesen obligados a practicar su

<sup>164</sup> *Idem*, pág. 638.

<sup>165</sup> *Idem*, pág. 640 (subrayado en el original).

<sup>166</sup> Ministerio Público v. Van Loon, Tribunal de Casación, fallo de fecha 19 de enero de 1962, 4 Anuario 640 (1961).

culto en secreto. Al propio tiempo, rechazó las conclusiones del tribunal de apelación, según la cual la ley que prohíbe la celebración de oficios religiosos en público tiene por fin mantener el orden público en el sentido definido en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio, y afirmó que la ley impugnada tenía únicamente por objeto prevenir tensiones y agitaciones que habrían causado desórdenes en la población de los Países Bajos, en cuyo seno están representadas varias confesiones religiosas, y debía ser considerada, por consiguiente, "como una medida indispensable para el mantenimiento del orden público".<sup>167</sup> Agregó que el tribunal de apelación había aplicado un principio jurídico erróneo al decidir que la ley en virtud de la cual el procesado había sido condenado no era indispensable para el mantenimiento del orden público. Declaró que un juez sólo puede llegar a una conclusión de esta índole "cuando es perfectamente inconcebible que el legislador, cuando ha debido adoptar una reglamentación de la materia, haya podido adoptar o confirmar con plena equidad una reglamentación de esta naturaleza".<sup>168</sup> Con la aplicación de estos criterios, la Corte confirmó la validez de la ley impugnada, por considerar que, incluso a la luz de la situación actual, no está fuera de razón imaginar que el legislador habrá adoptado una medida de este género a fin de prevenir un eventual conflicto entre diferentes grupos religiosos.<sup>169</sup>

Los pareceres tal vez discrepen en cuanto a la interpretación que la Corte Suprema hizo del párrafo 2 del artículo 9 del Convenio; ahora bien, es imposible negar que, de acuerdo al respecto con el tribunal de apelación, la Corte Suprema partió de la hipótesis de que el artículo podía ser objeto de aplicación inmediata.<sup>170</sup> Se deduce que, si el Convenio hubiese sido violado, la condena de Van Loon habría sido anulada. La Corte siguió un criterio análogo en un asunto anterior,<sup>171</sup> en el que se negó a aceptar la pretensión de un pastor protestante según el cual una ley sobre el seguro de vejez, que le imponía la obligación de abonar cotizaciones destinadas a una caja de retiro, atentaba contra los derechos garantizados por el artículo 9 del Convenio. Al exponer sus motivos, la Corte Suprema señalaba, con razón, que esta disposición del Convenio "no

<sup>167</sup> *Idem*, pág. 648.

<sup>168</sup> *Ibid.*

<sup>169</sup> Países Bajos, Ministerio Público v. Van Loon, Tribunal de Casación, fallo de fecha 19 de enero de 1962, 4 Anuario 640, 650 (1961).

<sup>170</sup> Esta opinión tiene su confirmación en *A. J. K. v. Ministerio Público*, Tribunal de Casación, fallo de fecha 5 de mayo de 1959, reproducido en 8 *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 73, 74 (1961). Véase, al respecto, Buergenthal: *The Effect of the European Convention on Human Rights on Internal Law of Member States*, *International and Comparative Law Quarterly* (suplemento núm. 11) 79, 91-93 (1965).

<sup>171</sup> Asunto núm. 436, Tribunal de Casación (Sala tercera), fallo de fecha 13 de abril de 1960, 3 Anuario 648 (1960).

quería decir que cada individuo puede eludir libremente el cumplimiento de las leyes, incluso en el caso de que no guarden relación alguna con la manifestación de su religión o creencias".<sup>172</sup>

Se desprende de lo expuesto que en los Países Bajos el Convenio tiene prelación, en el plano constitucional, sobre las leyes constitucionales, sea cual fuere la fecha de su promulgación, así como sobre la Constitución. Tal vez decidan los tribunales neerlandeses que algunas disposiciones del Convenio son inaplicables judicialmente por su misma naturaleza en ausencia de leyes y reglamentos de aplicación suplementarios.<sup>173</sup> Ahora bien, si se considera que la Corte Suprema de los Países Bajos no ha situado el artículo 9 del Convenio en esta categoría y que, según lo dispuesto en el Artículo 66 de la Constitución de los Países Bajos, las disposiciones de los tratados "que tengan fuerza obligatoria para los ciudadanos" pueden ser objeto de aplicación inmediata, es probable que se considere que tiene este carácter la totalidad del Título I, salvo quizá una o dos de sus disposiciones.

### PAISES ESCANDINAVOS

En Dinamarca, Islandia, Noruega y Suecia, donde el Convenio fue ratificado poco tiempo después de su firma, la aprobación o la ratificación por el Parlamento no basta para incorporar los instru-

<sup>172</sup> *Idem*, pág. 670.

<sup>173</sup> Véase, a este respecto, Países Bajos, X v. Inspector de impuestos, Tribunal de Casación, fallo de 24 de febrero de 1960, reproducido en 8 *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 285 (1961). El Tribunal se expresó en los siguientes términos:

"Como ha dicho el Tribunal de Apelación, el artículo 13 se limita a prescribir a las Partes Contratantes la obligación de disponer en sus leyes que toda persona cuyos derechos hayan sido violados, según se describe en dicho artículo, tenga la seguridad de hallar un recurso efectivo. El Tribunal de Apelación ha decidido con acierto que, por su misma naturaleza, el artículo 13 no puede ser objeto de aplicación inmediata por los tribunales y, por consiguiente, en virtud del Artículo 66 de la Constitución, el artículo mencionado no pertenece a la categoría de las normas internacionales que tienen carácter obligatorio para todos y a las que debe estar subordinado el derecho interno". *Idem*, pág. 286.

Véase también el interesante estudio de Van Emde Boas: *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la jurisprudence néerlandaise*, (1962) 1 Anuario 226. El autor de este estudio afirma que algunas disposiciones del Convenio quizá no puedan ser objeto de aplicación inmediata en el orden jurídico neerlandés porque, a su juicio, imponen al poder judicial la obligación de apreciar el valor relativo de legislaciones concurrentes, lo que da por supuesto la existencia de facultades de fiscalización judicial que los tribunales neerlandeses no tienen en relación con las leyes y reglamentos nacionales. Véase, en cambio, Van Panhuys: *The Netherlands Constitution and International Law: A Decade of Experience*, 58 *American Journal of International Law* 88, 103-104 (1964).

mentos internacionales al derecho nacional,<sup>174</sup> para lo cual son necesarios textos de aplicación distintos.<sup>175</sup> En ninguno de estos países se han dictado normas al efecto. Sin embargo, en los países cuyas Cámaras han considerado que el Convenio podría ser incompatible con algunas disposiciones de su derecho nacional, las Cámaras han hecho las reservas necesarias.<sup>176</sup> A este respecto merece la pena observar que Noruega, que había formulado una reserva en relación con el artículo 9 del Convenio porque, en virtud del Artículo 9 de su propia Constitución, “los jesuitas no serán tolerados”, ha eliminado posteriormente esta disposición de su Constitución y ha retirado, por consiguiente, su reserva.<sup>177</sup>

Salvo error u omisión, solamente un tribunal islandés ha examinado expresamente la situación del Convenio en relación con el derecho interno. Ha decidido que, teniendo en cuenta que el Convenio “no ha adquirido en Islandia fuerza de ley ordinaria o de ley constitucional”, el demandante no podía invocarlo para impugnar la legalidad de una ley fiscal islandesa.<sup>178</sup> Si bien el Convenio ha sido invocado recientemente ante la Corte Suprema de Noruega, este órgano judicial no ha resuelto la cuestión de su carácter según el derecho interno. Le había brindado la oportunidad de hacerlo la condena de un dentista apellidado Iversen<sup>179</sup>, condenado por haber violado la Ley provisional del 21 de junio de 1956 que impone a los dentistas la obligación de prestar un servicio público. En virtud de esta ley, los dentistas que han terminado su formación profesional después de 1955 tienen que ejercer su profesión, a título remunerado, al servicio del Gobierno y durante un periodo de uno a dos

<sup>174</sup> Véanse Sørensen: *Principes de Droit international public*, 101 Recueil des Cours 1, 118 (1960); Ross: *Lehrbuch des Völkerrechts* 69 (1951).

<sup>175</sup> Sørensen, *supra*, pág. 118; Løchen y Torgersen: *Norway's Views on Sovereignty* 95-96 (1955).

<sup>176</sup> Suecia ha hecho una reserva con respecto al artículo 2 del Protocolo, 1 Anuario 44 (1955-57); Noruega ha hecho lo propio con respecto al artículo 9 del Convenio. *Idem*, págs. 41-42. Dinamarca e Islandia no han hecho reservas.

<sup>177</sup> Comunicación del 4 de diciembre de 1956, dirigida por el Sr. Lange, ministro de Relaciones Exteriores de Noruega, al secretario general del Consejo de Europa, 1 Anuario 42 (1955-57).

<sup>178</sup> Olafsson v. Ministerio de Hacienda, Tribunal Municipal de Reykjavik, fallo de fecha 28 de junio de 1960, 3 Anuario 642, 646 (1960). Esta ley fiscal islandesa dio lugar a un recurso presentado a la Comisión, que consideró que la ley no era incompatible con el artículo 1° del Protocolo suplementario del Convenio. Demanda núm. 511/59, decisión del 20 de diciembre de 1960, 3 Anuario 394 (1960).

<sup>179</sup> Noruega, Ministerio Público v. Stein Andreas Iversen, Corte Suprema, fallo del 16 de diciembre de 1961, (1961) Norsk Retstidende, II, 1350. El autor expresa reconocimiento al Departamento Jurídico del Ministerio de Relaciones Exterior de Noruega y a su director adjunto, Sr. Egil Amlie, que ha tenido la amabilidad de transmitirle una versión inglesa del fallo. De él proceden todas las citas. Véase un análisis de este asunto, por el profesor Hambro, en 90 *Journal du Droit international (Clunet)* 788 (1963).



años en ciertas partes del país designadas por el Ministerio de Asuntos Sociales. Después de haber desempeñado esta obligación durante varios meses, Iversen abandonó su puesto y comunicó al Ministerio que se negaba a realizar "trabajos forzados". Fue procesado y condenado a abonar una multa importante. La Corte Suprema de Noruega confirmó este fallo y rechazó el argumento del procesado, quien afirmaba, entre otras cosas, que la ley de 1956 violaba el artículo 4 del Convenio. En efecto, con arreglo al párrafo 2 del artículo 4 del Convenio, "nadie puede ser obligado a realizar un trabajo forzado u obligatorio". En el inciso d) del párrafo 3 de dicho artículo 4, se define con mayor precisión la expresión "trabajo forzado u obligatorio" al puntualizar que no abarca "cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones normales del ciudadano". En relación directa con la pretensión del procesado, el magistrado Hiorthoy, que expresaba la opinión de la mayoría de la Corte, emitió los siguientes conceptos:

No tengo la menor duda de que la prohibición consignada en el Convenio, según la cual "nadie puede ser obligado a realizar un trabajo forzado u obligatorio", no se pueda interpretar razonablemente de suerte que se refiera a la orden de prestar un servicio público del género aquí tratado. En este caso concreto, el trabajo consiste en desempeñar, durante poco tiempo y por una remuneración satisfactoria, la profesión libremente elegida, a partir de la terminación de los estudios profesionales. Si bien las órdenes de esta índole pueden parecer, en lo inmediato, contrarias a los intereses aparentes de los que son objeto de ellas, entiendo que es evidente que nadie podrá ver en ellas un atentado contra un derecho del hombre y, mucho menos, una violación de un derecho básico. En mi sentir, no hay, pues, ninguna contradicción entre el Convenio y la ley noruega impugnada y, por ello, no considero necesario abordar la cuestión de saber cuál de los dos textos debe tener prelación en caso de incompatibilidad.<sup>180</sup>

Cabe dar por supuesto, sin embargo, que si la Corte Suprema hubiese considerado que la ley de 1956 era incompatible con el Convenio, habría tenido que aplicar la ley nacional. Esta conclusión parece estar justificada, no sólo por el hecho de que dicha ley es posterior, sino también porque en Noruega — al igual que en Dinamarca, Islandia y Suecia — un instrumento internacional ha de ser completado por un texto de aplicación antes de estar en condiciones de crear derechos que pueden ser invocados ante los tribunales nacionales. En sus observaciones sobre este asunto, el profesor Hambro se ha expresado en los siguientes términos:

No carece de interés observar que en este caso concreto, como en muchos casos anteriores, la Corte ha previsto la posibilidad de que se plantee un conflicto entre la ley nacional y una obligación internacional, a pesar de la doctrina, aceptada casi unánimemente en Noruega, según la cual

<sup>180</sup> *Idem*, pág. 1351.

los tribunales noruegos deben aplicar el derecho noruego, incluso en el caso de que éste esté claramente en pugna con el derecho internacional.<sup>181</sup>

### TURQUÍA

Las investigaciones destinadas a definir el carácter del Convenio en Turquía son una labor sumamente desalentadora. En las bibliografías bastante extensas sobre el Convenio, publicadas en los Anuarios de la Comisión de los Derechos del Hombre, sólo figura un artículo relativo a dicho país.<sup>182</sup> La revista jurídica que publica en francés la Facultad de Derecho de la Universidad de Estambul<sup>183</sup> no contiene crónicas judiciales o artículos que versen sobre el Convenio; las comunicaciones dirigidas por el autor del presente estudio a algunos profesores turcos han quedado, hasta ahora, sin respuesta. En estas circunstancias, lo menos que puede decirse de la presente sección de este artículo, dedicada a la aplicación del Convenio en Turquía, es que su contenido es incompleto.

Turquía ratificó el Convenio en 1954.<sup>184</sup> La Constitución turca entonces vigente<sup>185</sup> no contenía ninguna disposición que se refiriera expresamente a la jerarquía de los instrumentos internacionales en el orden jurídico nacional. Se limitaba a proclamar que "únicamente la Gran Asamblea Nacional tiene competencia para aprobar, modificar, interpretar y derogar las leyes, para concertar convenios y tratados, y para hacer la paz con los Estados extranjeros".<sup>186</sup> Se ha pretendido que esta disposición significa que un tratado debidamente aprobado por la Gran Asamblea Nacional queda incorporado, por este mismo hecho, al orden jurídico interno.<sup>187</sup> Teniendo

<sup>181</sup> Hambro, *supra*, nota 179, pág. 790. Ahora bien, según el resumen en inglés de su artículo, un autor noruego ha elaborado recientemente la teoría de que el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre no puede ser considerado como un acuerdo equivalente a un tratado ordinario, al efecto de determinar su carácter en el orden jurídico interno. A su juicio, el Convenio garantiza el ejercicio de los derechos del hombre a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción territorial de las Altas Partes Contratantes. Por ello, estas personas tienen derecho a requerir la aplicación del Convenio, sean cuales fueren las leyes constitucionales de los diversos Estados. Wold: *Den europæiske menneskerettskonvensjon og Norge*, en *Legal Essays: A Tribute to Frede Castberg* 353, 373 (1963).

<sup>182</sup> La monografía mencionada es una tesis de doctorado presentada por Ali Reza Gullu a la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra con el título *Les Droits de l'homme et la Turquie* (1958). Por desgracia, la tesis sólo presenta un interés marginal en relación con el actual estudio.

<sup>183</sup> Esta revista tiene por título: *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*.  
<sup>184</sup> Turquía, Ley núm. 6366 del 10 de marzo de 1954, reproducida en el Anuario 43 (1955-1957).

<sup>185</sup> Véase Turquía, Constitución del 10 de enero de 1945, 3 Peaslee: *Constitutions of Nations* 404 (2a edición, 1956).

<sup>186</sup> Constitución del 10 de enero de 1945, Artículo 26.

<sup>187</sup> Gullu: *Les Droits de l'homme et la Turquie* 69-71 (1958).

en cuenta, como hemos visto, que el Convenio fue ratificado de este modo por el Parlamento turco, el Convenio habrá adquirido el carácter de ley nacional.<sup>188</sup>

En ausencia de toda decisión judicial que defina el carácter del Convenio en derecho turco,<sup>189</sup> quedamos obligados a imaginar cuál habrá sido la importancia de su aplicación en Turquía. Ahora bien, es notorio que el régimen Menderes pasó abiertamente por alto las nociones más elementales de los derechos del hombre, entre otros actos, con el encarcelamiento de los adversarios políticos y la imposición de la censura de prensa. Por consiguiente, se puede suponer, sin temor de equivocarse, que durante este periodo de la historia turca el Convenio no sirvió de garantía eficaz contra los atentados a los derechos del hombre y, habida cuenta de que Turquía no

<sup>188</sup> El Convenio, considerada separadamente, podría tener prelación sobre las leyes anteriores incompatibles con él y, sin duda, podría ser derogado por leyes posteriores a él; Gullu, *supra*, pág. 71. Ahora bien, este mismo autor da a entender que un tratado promulgado en buena y debida forma no podría ser derogado más adelante por una ley ordinaria. *Ibid.* Sin embargo, cabe poner en duda el acierto de esta teoría, pues el autor basa su conclusión en la afirmación de que un tratado deriva su eficacia jurídica del derecho internacional, hasta tal punto que no podría ser derogado por una ley nacional. Por consiguiente, parece confundir la validez internacional continua de un tratado, inclusive en el caso de haber sido derogado unilateralmente por una ley nacional posterior, y los efectos de esta ley en el orden jurídico interno.

<sup>189</sup> Los Anuarios del Convenio Europeo de los derechos del hombre, que reproducen los fallos dictados por los tribunales nacionales en relación con el Convenio, no contienen ninguna referencia a los asuntos turcos. La única decisión judicial turca que se refiera al Convenio y de la que el autor tiene noticia es un fallo del Tribunal Constitucional turco en un asunto planteado por el Partido del Trabajo para pedir al Tribunal que juzgara y decidiera que la pena de muerte era incompatible con las disposiciones de la nueva Constitución turca. El Tribunal Constitucional, que rechazó la demanda, declaró lo siguiente:

“La cuestión se aclara todavía más si uno se refiere a las correspondientes disposiciones de un convenio internacional que se ha tenido presente, como se desprende de lo manifestado en el dictamen del Comité Constitucional y en las actas de la Asamblea Constituyente relativas a la elaboración de la Constitución. En el párrafo 1 del artículo 2 del Convenio para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, al que Turquía se adhirió en 1954, se estipula que “el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley” y que “a nadie puede ser infligida intencionadamente la muerte, salvo en ejecución de una sentencia capital pronunciada por un tribunal, en el caso de que el delito esté castigado con esta pena por la ley”. Esta es una prueba suplementaria de que la pena de muerte no es incompatible con los derechos del hombre y las libertades fundamentales” (Tribunal Constitucional de Turquía, fallo de fecha 1° de julio de 1963. El Consejo de Europa ha publicado una traducción inglesa en *Document H* (64) 11, 21 de mayo de 1964).

Es evidente que esta declaración es sobremanesa imprecisa para basar en ella una conclusión sobre la aplicación del Convenio en el orden jurídico turco.

reconoce la jurisdicción de la Comisión con relación a las demandas formuladas contra ella por particulares, ni reconoce tampoco la del Tribunal de los Derechos del Hombre, es imposible evaluar la importancia de estos atentados.

La situación tal vez haya mejorado después del derrocamiento del régimen Menderes, que fue seguido por la promulgación de una nueva Constitución<sup>190</sup> que enuncia nuevas garantías de cierta importancia en materia de derechos del hombre y libertades fundamentales.<sup>191</sup> Por otra parte, es conveniente observar que en el párrafo 5 de su Artículo 65 la Constitución de 1961 dispone expresamente lo siguiente: "Los tratados internacionales que hayan entrado debidamente en vigor tienen fuerza de ley. No se puede interponer ningún recurso contra estos tratados ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con los Artículos 149 y 151". Así, por obra de esta disposición, un acuerdo internacional como el Convenio, además de haber adquirido el carácter de ley nacional, acaso tenga al mismo tiempo una situación privilegiada en relación con las leyes ordinarias. Este podría ser el resultado de que, si bien las leyes ordinarias pueden ser impugnadas o derogadas en caso de violar la Constitución,<sup>192</sup> no se ha establecido, en cambio, ninguna fiscalización judicial directa de los tratados internacionales, entre ellos el Convenio.<sup>193</sup>

En estas condiciones, sería prematuro pretender que cabe prever el modo en que los tribunales turcos aplicarán el Convenio. El derrocamiento del régimen Menderes y los elementos externamente favorables a la instauración de una democracia constitucional, así como el hecho de que los derechos del hombre garantizados en la nueva Constitución parecen guardar una estrecha analogía con los enumerados en el Convenio, son factores de extrema importancia y corroboran tal vez nuestra conclusión muy general de que el Convenio ha quedado incorporado al orden jurídico interno de Turquía.

<sup>190</sup> Constitución de la República Turca, de fecha 9 de julio de 1961, reproducida en Unión Interparlamentaria: *Constitutional and Parliamentary Information*, núm. 49, pág. 18 (3a serie, 1962).

<sup>191</sup> Véase, *pássim*, Giritli: *Some Aspects of the New Turkish Constitution*, 16 *The Middle East Journal* 1 (1962).

<sup>192</sup> Arik: *La Cour constitutionnelle turque*, 14 *Revue Internationale de Droit Comparé* 401, 406 (1962); Balta: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, en Heidelberg Colloquium on Constitutional Jurisdiction 550, 556-57 (publ. bajo la dirección de Mosler, 1962).

<sup>193</sup> Arik, *supra*, nota 192, pág. 407. Balta, *supra*, nota 192, pág. 562, hace notar, no obstante, que los términos utilizados en el artículo 65 (5) del Convenio no excluyen la posibilidad de que los tribunales inferiores ejerzan una fiscalización constitucional indirecta de los tratados.

Véase un análisis general del carácter de los tratados según el derecho interno turco establecido por la nueva Constitución en Eroglu: *La Constitution turque de 1961 et les Relations internationales*, (1961) *Turkish Yearbook of International Relations* 62, 79-82 (1963).

## REINO UNIDO

Según el derecho constitucional del Reino Unido, la ratificación no confiere a un tratado el carácter de ley nacional.<sup>194</sup> Como explicó lord Atkin en el asunto *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*:<sup>195</sup>

En el Imperio británico rige firmemente la norma según la cual concertar un tratado es un acto del poder ejecutivo; la observancia de sus obligaciones, si lleva consigo la modificación de la legislación nacional vigente, requiere la adopción de medidas legislativas. Al contrario de lo que ocurre en otros países, el Imperio no atribuye automáticamente fuerza de ley a las estipulaciones de un tratado debidamente ratificado.<sup>196</sup>

En otras palabras, las disposiciones de un tratado no pueden ser invocadas ante los tribunales del Reino Unido si no se han dictado leyes o reglamentos de ejecución.<sup>197</sup> Ocurre así incluso en el caso de que el instrumento internacional haya sido concebido como tratado que puede ser objeto de aplicación inmediata y redactado en términos que den a entender que tiene esta condición.<sup>198</sup> De hecho, con la excepción tal vez de los tratados que versan sobre los derechos de beligerancia y sobre las inmunidades diplomáticas, ningún tratado puede ser objeto de aplicación inmediata según el derecho constitucional británico.<sup>199</sup>

Si bien el Reino Unido fue el primer Estado que ratificó el Convenio,<sup>200</sup> no ha promulgado todavía ninguna ley ni reglamento que tenga por fin poner en práctica sus disposiciones.<sup>201</sup> Por este motivo, el Convenio no puede ser invocado eficazmente ante los tribunales británicos, aunque — según una sugerencia del profesor

<sup>194</sup> McNair: *The Law of Treaties* 81-82 (1961).

<sup>195</sup> (1937) A.C. 326 (P.C.) (Can.).

<sup>196</sup> *Idem*, pág. 347.

<sup>197</sup> Véase *Le Parlement belge*, 4 P.D. 129, 154-55 (1879), fallo anulado por otros motivos; 5 P.D. 197 (1880); Sinclair: *The Principles of Treaty Interpretation and their Application by the English Courts*, 12 *International and Comparative Law Quarterly* 508, 525 (1963); Wade & Philips: *Constitutional Law* 259 (6a edición, 1960).

<sup>198</sup> Véase Marsh: *Civil Liberties in Europe*, 75 L.Q. Rev. 530, 535 (1959).

<sup>199</sup> McNair, *supra*, nota 194, págs. 81, 89-93.

<sup>200</sup> El Reino Unido ratificó el Convenio el 22 de febrero de 1951 y depositó su instrumento de ratificación el 8 de marzo del mismo año.

<sup>201</sup> Observemos al respecto que, al ratificar el Protocolo suplementario del Convenio, el Reino Unido invocó, al amparo del artículo 64, el derecho a formular reservas en los siguientes términos:

“Habida cuenta de ciertas disposiciones de las leyes reguladoras de la enseñanza en su territorio, el Reino Unido sólo acepta el principio enunciado en la segunda frase del artículo 2 del Protocolo en la medida en que sea compatible con la existencia de medios de enseñanza y de formación profesional eficaces, y en la medida en que permita evitar gastos públicos excesivos”. 1 *Anuario* 45 (1955-57).

Waldock – puede ser utilizado por los tribunales para resolver “puntos dudosos del derecho interno”.<sup>202</sup> No se ha planteado todavía ningún caso de este género.

No fue sino hasta el 14 de enero de 1966 que el Reino Unido reconoció la competencia de la Comisión para recibir, de conformidad con el Artículo 25, demandas formuladas por particulares, y que aceptó como obligatoria la jurisdicción del Tribunal de los Derechos del Hombre definida en el Artículo 46.

Si bien tardía, tal decisión es digna de elogio, pero el Reino Unido debería además, de acuerdo con las obligaciones que derivan de la aceptación del Convenio, permitir a sus tribunales actuar en concordancia con esta línea. Por ser, junto con Irlanda, el único país de derecho anglosajón que es parte en el Convenio, es un hecho indiscutible que los tribunales británicos podrán aportar una valiosa contribución a la formación de un sistema jurídico basado en el Convenio. Por ello, no podemos por menos de compartir los sentimientos de un eminente juriconsulto británico, el Sr. Norman S. Marsh, autor de la siguiente declaración:

En la medida en que la concepción británica de la libertad civil tiene algún valor (aunque ciertas comparaciones con las condiciones reinantes en determinados países del continente revelan que podría ser más completa), podemos considerar lamentable que nuestros tribunales no hayan tenido jamás la oportunidad de interpretar un convenio que, como Estado, nosotros hemos suscrito. No es fácil persuadir a un jurista extranjero de que estamos abocados a una catástrofe si nuestro Parlamento decide dar fuerza de ley a un convenio que hemos firmado y ratificado.<sup>203</sup>

### CONCLUSION

Se desprende de nuestro estudio que el Convenio no ha sido incorporado al orden jurídico interno de seis de los países que lo han ratificado, a saber, Dinamarca, Irlanda, Islandia, Noruega, el Reino Unido y Suecia. Por supuesto, quizá sea un hecho que los derechos garantizados por el Convenio están apropiadamente protegidos en estos países, pero, sea lo que fuere, lo cierto es que nadie tiene la posibilidad de probarlo judicialmente si trata de demostrar que una ley determinada o un determinado acto del gobierno viola el Convenio. Tal vez sea ésta la situación en Luxemburgo, donde un tribunal ha decidido que el Convenio no podía ser objeto de aplicación inmediata. Por este motivo, en los países mencionados el particular no goza plenamente de las ventajas inherentes al Convenio;

<sup>202</sup> Waldock: *The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 34 *British Yearbook of International Law* 356, 358 (1959).

<sup>203</sup> Marsh, *supra*, nota 198, pág. 108.

en efecto, si existiera en realidad un derecho cuyo ejercicio requiriera invocar el Convenio, los tribunales a los que se dirigiera no tendrían la posibilidad de satisfacer su petición. Esta situación es incompatible con las disposiciones del artículo 13 del Convenio, que estipula en particular que "toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a que se le conceda un recurso efectivo ante una autoridad nacional . . .". Mal se comprende, en efecto, cómo puede lograr un particular que se le conceda "un recurso efectivo ante una autoridad nacional" con objeto de garantizar la aplicación de los derechos enunciados en el Convenio si no puede invocar unos derechos "reconocidos" en él.<sup>204</sup> Por consiguiente, es necesario interpretar el artículo 13 de suerte que cada Alta Parte Contratante tenga la obligación de dar al Convenio el carácter de ley nacional.<sup>205</sup> Los Estados que hasta ahora han soslayado el cumplimiento de esta obligación no han aplicado plenamente el Convenio.

En algunos países, entre ellos Alemania, Bélgica y los Países Bajos y, desde hace poco tiempo, Austria, el Convenio tiene el carácter de ley nacional aplicable sin otra formalidad. En estos países un particular puede efectivamente invocar ante los tribunales nacionales una disposición cualquiera del Convenio con objeto de hacer efectivos los derechos que este instrumento le garantiza. Además, estos Estados reconocen el derecho de recurso individual, así como la jurisdicción del Tribunal de los Derechos del Hombre. Claro está, las instituciones europeas no tienen la facultad de casar la sentencia de un tribunal nacional, pero es razonable suponer que, en el curso de procesos ulteriores en los que se plantearan las mismas cuestiones de derecho, los tribunales nacionales podrían volver sobre su sentencia precedente, cuenta habida de las opiniones expresadas por la Comisión y, sobre todo, por el Tribunal de los Derechos del Hombre. Esta reciprocidad en el plano judicial, sancionada o no por actos oficiales, que se establecería entre las instituciones internacionales y los tribunales nacionales llamados a aplicar el Convenio, podría contribuir doblemente al desarrollo y efectiva aplicación del sistema jurídico basado en el Convenio.<sup>206</sup>

Estas consideraciones nos llevan a evocar una situación que entorpece, con impedimentos sobremanera graves, la efectiva aplicación del Convenio: nos referimos al caso del Estado que ha ratificado el Convenio sin reconocer por ello, y sin comprometerse a reconocer, el derecho de un particular a comparecer ante la Comi-

<sup>204</sup> Véase Golsong: *Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention* 8 (1958).

<sup>205</sup> Si de la interpretación de esta disposición se deduce que no impone una obligación de este género, la disposición carecerá de sentido porque no agrega nada a lo previsto por el Convenio.

<sup>206</sup> Sobre esta cuestión, véase Buerghenthal, *supra*, nota 170, págs. 94-105.

sión. Las consecuencias perjudiciales de esta actitud son manifiestas si recordamos que en Grecia, por ejemplo, el Convenio tiene en teoría el carácter de ley nacional sin brindar ninguna protección real en la práctica, porque hasta ahora los tribunales griegos han interpretado sus efectos jurídicos con un criterio totalmente equivocado. Ahora bien, Grecia, al igual que Italia, el Reino Unido y Turquía, no reconoce el derecho de recurso individual y, por este motivo, poco es lo que se puede hacer para rectificar esta situación. Es cierto indudablemente que otra Alta Parte Contratante podría transmitir la reclamación de la víctima a la Comisión, pero la experiencia enseña que un Estado obrará así en raras ocasiones porque no querrá poner en peligro las relaciones que mantiene con otro Estado amigo.<sup>207</sup> Muy probablemente, un Estado sólo acusará a otro Estado de violar el Convenio para favorecer sus propios intereses políticos.<sup>208</sup> Así, a menos que sus nacionales tengan personalidad para comparecer ante la Comisión y, por conducto de ésta, ante el Tribunal de los Derechos del Hombre, un Estado no tiene la menor obligación de cumplir con las obligaciones que ha contraído al ratificar el Convenio.

Por consiguiente, en la práctica es imposible examinar la aplicación del Convenio en los países partes sin tener en cuenta al mismo tiempo el derecho de los particulares a transmitir demandas a la Comisión. La situación de Turquía bajo el régimen Menderes ha demostrado que éste es el problema: un gobierno decidido a pasar por alto los derechos fundamentales del hombre no se arrendará ante la consideración de que viola sus propias leyes, aunque éstas tengan por origen un tratado debidamente ratificado como el Convenio. Ahora bien, tal vez vacile antes de obrar así si sabe que quizá deba responder de sus actos ante un órgano judicial internacional como la Comisión o el Tribunal. Así, y ésta será la única conclusión a que podemos llegar, mientras el Convenio no haya adquirido el carácter de ley nacional en cada uno de los Estados partes, y mientras estos Estados no hayan reconocido además el derecho de los particulares a dirigir demandas a la Comisión y no hayan aceptado como obligatoria la jurisdicción del Tribunal, el Convenio seguirá siendo, en algunos países, un documento carente de toda importancia práctica.

<sup>207</sup> Véase Rolin: *Les Conclusions du Colloque*, 10 Anales 404, 411-12 (1961).

<sup>208</sup> Así, Grecia acusó al Reino Unido de haber violado el Convenio en Chipre antes de la proclamación de la independencia de esta isla. Asimismo, Austria ha presentado diversas quejas en representación de algunos irredentistas del Tirol del Sur, según los cuales Italia violaba sus derechos.



# EL TRIBUNAL FEDERAL SUIZO EN CALIDAD DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

por  
EDOUARD ZELLWEGER \*

## I. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN MATERIA CONSTITUCIONAL DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1848

Desde el año 1848 Suiza es un Estado federativo. En virtud de la Constitución federal promulgada el 12 de septiembre de 1848 quedó instaurado un Estado federativo en substitución de la Asociación de los 22 cantones soberanos establecida conforme al derecho internacional en virtud del Pacto federal de 1815. El Estado federativo es una creación del movimiento liberal que — iniciado por la revolución francesa de julio — logró imponerse a partir de 1830 en la mayoría de los cantones. La Constitución de 1848 aparecía, por consiguiente, ampliamente estructurada según los principios básicos del liberalismo y se caracterizaba por las garantías establecidas para aseguramiento de los derechos individuales.

La Constitución de 1848 preveía la creación de un Tribunal federal, cuya organización y competencia fueron ulteriormente determinadas por la Ley federal sobre Organización de la Jurisdicción federal de 5 de junio de 1849. Un análisis de las disposiciones pertinentes muestra que los autores de la Constitución, y en particular la Comisión de Leyes Constitucionales designada conforme a los estatutos de la Asamblea, no aspiraban realmente a instaurar un Tribunal permanente integrado por Magistrados de carrera. “Se hallaban aún más distanciados de la idea de crear un Tribunal Supremo que tuviera por misión velar por la fiel observancia de la Constitución y proteger a los ciudadanos contra abusos de poder por parte de las autoridades administrativas . . . A lo que realmente aspiraba la Comisión de Leyes Constitucionales era a posibilitar la formación de una lista de jueces, al efecto de ofrecer a determinadas categorías de litigantes una jurisprudencia en la que pudieran ampararse en tiempo oportuno. El tribunal creado en tales condiciones habría de estar subordinado de un modo inequívoco al poder legislativo y al poder ejecutivo de la Confederación.”<sup>1</sup>

\* Doctor en Derecho, Consejero de Estado, Suiza.

<sup>1</sup> William E. Rappard, *La Constitution fédérale de la Suisse 1848-1948*, Boudry-Neuchâtel, 1948, pág. 163.

La esfera de competencia del Tribunal federal, que no tenía asignada residencia fija, ni contaba tampoco con jueces permanentes, era sumamente limitada. Como tribunal competente en cuestiones de derecho público, le correspondía juzgar:

1. Infracciones de los derechos garantizados por la Constitución federal, siempre que le fueran sometidas por la Asamblea federal denuncias (*Klagen*) formuladas por tal motivo (Artículo 105 de la Constitución federal de 1848);
2. Litigios relacionados con la condición de apátrida (*Heimatlosigkeit*).

Por lo que respecta a las denuncias (*Klagen*) por infracción de derechos reconocidos por la Constitución, la Asamblea federal no ha llegado a someter más que una sola vez en un cuarto de siglo una denuncia de este género al Tribunal federal (1815, Caso Dupré). En los demás casos, las funciones inherentes a la jurisdicción federal fueron ejercidas por el Consejo federal (Gobierno federal) y la Asamblea federal (Parlamento). Con arreglo al artículo 90, en sus párrafos 2 y 3 de la Constitución federal de 1848, estaba comprendida dentro de la esfera de competencia del Consejo federal la facultad de resolver recursos de queja (*Beschwerden*) promovidos contra actos de soberanía inconstitucionales emanados de autoridades cantonales. Por otra parte, estaba autorizada la Asamblea federal, según el artículo 74, en su párrafo 15, para admitir "recursos de queja (*Beschwerden*) promovidos por los cantones o por ciudadanos contra disposiciones emanadas del Consejo federal". En virtud de estas disposiciones se fue desarrollando una jurisprudencia de derecho constitucional muy extensa por parte de las altas entidades políticas, resolviéndose las quejas (*Beschwerden*) por regla general en primera instancia por el Consejo federal. Tal era el caso, siempre que iban dirigidas al Consejo federal. Empero, si se presentaban directamente ante la Asamblea federal, ésta se declaraba inmediatamente competente para conocer de las quejas, si bien las transmitía como primera providencia al Consejo federal para que éste formulase la oportuna propuesta.

El Consejo federal ha dictado un número relativamente crecido de fallos en recursos de queja (*Beschwerdeentscheide*), que presentan interesantes considerandos, dignos de ser leídos atentamente, aún en nuestros días. Con tal motivo, se ha llegado con alguna frecuencia a revocar por razón de inconstitucionalidad incluso sentencias dictadas por tribunales cantonales. Es verdad, empero, que bien pronto se evidenció que el Consejo federal, en su condición de Cuerpo colegiado, no se hallaba en situación de desempeñar de un modo perdurable la función de organismo titular de la jurisdicción en materia constitucional, faltándoles tiempo a sus miembros para dedicar la debida atención a los recursos de inconstitucional-

dad (*Verfassungsbeschwerden*). Esto dió lugar a que los recursos de queja aludidos se substanciaren por el Departamento de Justicia y que, con arreglo a las propuestas formuladas por el mismo, fuesen luego resueltos por el Consejo federal sin ulterior examen.

En cuanto a la Asamblea federal, ésta resultaba ser aún menos adecuada para administrar justicia en materia constitucional. "Por una parte existía la posibilidad de que, debido al sistema bicameral, un recurso no llegara a resolverse en absoluto, sino que fuese meramente desestimada su admisión. La contingencia más desagradable para el recurrente eran las incidencias procesales que se producían en aquellos casos en que uno de los Cuerpos colegisladores abogaba por una resolución parcialmente favorable del recurso y la otra Cámara resolvía en el sentido de una resolución íntegramente favorable del mismo. Si en esa situación no se conseguía llegar a una avenencia entre ambos Cuerpos colegisladores, cabía declarar desestimado el recurso. Era asimismo perfectamente comprensible que una entidad política se viera obligada a tener en cuenta consideraciones de orden político; en la mayoría de los casos se trataba, por otra parte, de litigios carentes de toda significación política, por lo cual, dada la composición de los Cuerpos colegisladores, resultaba difícilmente imaginable una resolución completamente objetiva."<sup>2</sup>

La regulación jurídica enunciada, que hoy nos parece un tanto extraña, se explica en primer lugar por el criterio predominante entre los promotores de la Constitución de 1848, según la cual le correspondía al poder legislativo, en su calidad de representación popular, la primacía frente a los demás poderes del Estado. Además intervenía otra consideración basada en el hecho de que — como escribió Munzinger en 1871 — "todo el edificio recientemente construido de la Confederación les parecía todavía a los hombres de Estado de aquella época algo tan problemático, que se quería —, por tal motivo, que la labor de perfeccionamiento y de desarrollo de los nuevos principios permaneciese en las manos vigorosas de los poderes políticos."<sup>3</sup>

El desempeño de las funciones inherentes a la administración de justicia en materia constitucional por entidades políticas encontró en primer lugar la oposición de los juristas que no ponían reparo en estigmatizar la actuación judicial del Consejo federal y de la Asamblea federal que calificaban de "justicia de gabinete". Y el precitado tratadista W. Munzinger resumió su parecer en estas palabras: "Yo, por mi parte, prefiero poner mi derecho en manos de un sólo jurista, que en manos de una asamblea integrada por un

<sup>2</sup> Albert Schellenberg, *Die Verfassungsrechtspflege der politischen Bundesbehörden* ("La jurisprudencia en materia de derecho constitucional de las autoridades políticas federales"), Winterthur, 1957, pág. 23.

<sup>3</sup> W. Munzinger, *Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit* ("Estudio sobre derecho federal y jurisdicción federal"), Berna, 1957, pág. 9.

centenar de cabezas".<sup>4</sup> Uno de los políticos y jurisconsultos más significados de aquella época — el consejero federal Dubs que más tarde desempeñó el cargo de juez federal — habló de "un estado de cosas perjudicial, lamentable en todos conceptos".<sup>5</sup> Ante lo justificado de semejantes críticas, no podían las autoridades políticas, a la larga, permanecer impávidas. Ya en el año 1865, una comisión del Consejo de los Estados (*Ständerat*), equivalente al Senado, propuso que se confiara al Tribunal federal la substanciación de aquellas reclamaciones de derecho público que fuesen apropiadas para ser sometidas a una resolución judicial. En su mensaje de 17 de junio de 1870 sobre la revisión total de la Constitución federal, el Consejo federal (Gobierno federal) se adhirió a esa propuesta. "Para resolver acerca de las denuncias sobre violación de derechos, la instancia que por su propia naturaleza se considera en todo el mundo como única indicada para esos fines es el juez y no, en modo alguno, el Gobierno o una asamblea legislativa."<sup>6</sup>

Le reforma inaplazable de la administración de justicia en materia constitucional se llevó a efecto el año 1874 bajo el impulso de la revisión total de la Constitución federal.

## II. EL TRIBUNAL FEDERAL SUIZO — ORGANIZACIÓN

El Tribunal federal suizo sólo llegó a quedar instaurado en calidad de Tribunal Supremo permanente con ocasión de la revisión total de la Constitución federal de 1848 efectuada en el año 1874. La organización y la competencia del mismo aparecen reguladas en el artículo 113 de la Constitución federal, en la Ley federal de Organización judicial de 16 de diciembre de 1943 y en la Ley federal sobre procedimiento penal de 15 de junio de 1934. El Tribunal federal no es únicamente un tribunal constitucional, sino asimismo la instancia suprema en el ámbito de la administración de justicia en materia de derecho civil, penal y administrativo. En lo esencial, comprende las secciones siguientes: la Sección de derecho público y de derecho administrativo, dos Secciones de lo civil —, la Sala de procedimientos ejecutivos y de concursos de acreedores y quiebras, — la Corte de casación en materia penal, la Corte federal de lo penal (que está llamada a substanciar en única instancia determinadas causas de derecho penal federal). El Tribunal federal es, por su propia naturaleza, el organismo titular y depositario de la jurisprudencia federal. Empero, las sentencias no son

<sup>4</sup> W. Munzinger, *Op. cit.*, pág. 24.

<sup>5</sup> Jakob Dubs, *Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft* ("El derecho público de la Confederación Helvética"), Zurich, 1873, pág. 82.

<sup>6</sup> George Solyom, *La juridiction constitutionnelle aux Etats-Unis et en Suisse*, Ginebra, 1923, pág. 92.

dictadas por el pleno, sino por cada una de las secciones en que está dividido. La unidad de la jurisprudencia de las distintas secciones, es decir, la evitación de que se dicten resoluciones basadas en criterios jurídicos contradictorios, queda asegurada merced al artículo 16 de la precitada Ley de Organización judicial:

Quando una sección del Tribunal entienda que debe modificar la jurisprudencia sentada por otra sección, por varias secciones reunidas o por el Tribunal en pleno, sólo podrá hacerlo con el asentimiento de la otra sección o virtud de un acuerdo de las secciones interesadas o del Tribunal en pleno. Dicho acuerdo se adoptará sin comparecencia de las partes y a puerta cerrada. Será de obligatoria observancia para la sección llamada a resolver el asunto.

Con arreglo al artículo 1 de la Ley de Organización judicial el Tribunal federal está integrado por 26 a 28 miembros y 11 a 12 suplentes. Actualmente cuenta con 28 miembros. La autoridad encargada de efectuar la elección es la Asamblea federal reunida, es decir, que para proceder a la elección de los jueces del Tribunal federal se reúnen las dos Cámaras que integran el Parlamento federal — el Consejo Nacional (representación popular) y el Consejo de los Estados (representación de los cantones) — “a deliberar en común bajo la dirección del presidente del Consejo Nacional y la mayoría de los miembros votantes de ambos Consejos será la que decida” (art. 92 de la Constitución federal). En la elección de los jueces federales habrá de cuidarse que las tres lenguas oficiales — la alemana, la francesa y la italiana — estén representadas (art. 1, párrafo 2, de la Ley de Organización judicial). De los miembros del Tribunal federal actualmente en funciones, 17 jueces son suizos de habla alemana, 7 proceden de zonas de habla francesa y 2 de las de habla italiana. Por lo que respecta a la lengua en que han de redactarse las sentencias del Tribunal federal, dispone el art. 19 del Reglamento del Tribunal federal de 21 de octubre de 1944:

Las sentencias se redactarán en la misma lengua oficial en la que se hubiera efectuado la instrucción del procedimiento y, a falta de instrucción, en la lengua en que estuviere redactada la resolución impugnada. Excepcionalmente cabrá desviarse de esta norma en consideración de la lengua de las partes.

En aquellas cuestiones que el Tribunal esté llamado a resolver en única instancia, la sentencia se redactará en la lengua oficial que sea la de las partes. Si éstas fueren de lenguas distintas, la sentencia habrá de redactarse, por regla general, en la lengua del demandado y, si existieren varios demandados, en las lenguas de unos y otros.

Puede ser elegido juez federal todo ciudadano suizo que sea elegible para miembro del Consejo Nacional (art. 2, párr. 1° de la Ley de Organización judicial), por consiguiente, todo ciudadano

suizo *con derecho de voto*, o sea "todo suizo que haya cumplido los veinte años y que, por lo demás, no se encuentre excluido del derecho de ciudadano activo por la legislación del cantón en el que tenga su domicilio" (art. 74 de la Constitución federal). Ni la constitución, ni la ley prescriben calificación alguna dentro de una profesión jurídica como requisito para la elegibilidad. En la práctica resulta, empero, que únicamente son elegidos miembros del Tribunal federal juristas de cierta categoría, por ejemplo, profesores de derecho, abogados acreditados (con harta frecuencia, aquellos que han formado parte del Parlamento federal) actuarios o secretarios-relatores del Tribunal federal y principalmente, miembros de tribunales cantonales de grado superior. (En Suiza, todas las jurisdicciones de grado medio e inferior son jurisdicciones cantonales). Aún cuando la esfera de competencia legislativa en el ámbito del derecho civil y penal ha ido transfiriéndose paulatinamente, a partir del año 1874 a favor de la Confederación, resulta que, a tenor del artículo 64, en su párrafo 3, de la Constitución federal "la organización judicial, el procedimiento y la administración de justicia" permanecen dentro de la esfera de competencia de los cantones "en la misma medida que anteriormente".

La duración del mandato de los miembros del Tribunal federal y de sus suplentes es de seis años. Las plazas que resultan vacantes durante el mandato se proveen nuevamente durante el siguiente periodo de sesiones de la Asamblea federal por el tiempo que quede por transcurrir hasta el término del mandato (art. 5 de la Ley de Organización judicial). Con arreglo a una práctica constante, que casi ha adquirido el carácter de norma consuetudinaria, se procede normalmente a la reelección al término de sus mandatos de los miembros del Tribunal federal que no dimiten en esa ocasión. En época muy reciente ha comenzado a introducirse el uso de que los jueces federales se retiren por su propia iniciativa, a más tardar, después de cumplidos los setenta años.

El presidente y el vicepresidente del Tribunal federal son elegidos por la Asamblea federal de entre los miembros del mismo por un período de dos años (art. 6, párr. 1º de la Ley de Organización judicial).

El Tribunal federal elige sus actuarios y sus secretarios-relatores, como asimismo el personal de secretaría, correspondiendo a la Asamblea federal fijar el número de actuarios y de secretarios-relatores. Los actuarios y los secretarios-relatores son elegidos cada vez después de la renovación de conjunto del Tribunal por un período de seis años o, en los casos de producirse vacantes durante el mandato, por el tiempo que quede por transcurrir hasta el término del mismo (art. 7 de la Ley de Organización judicial). Muy excepcionalmente se dan casos de que haya jueces federales que

cuenten con asistentes personales, cuya retribución corre por su cuenta.

En las deliberaciones y votaciones dentro de las secciones del Tribunal federal deben participar cinco jueces, en tanto que la Ley no prevea un número distinto, como, por ejemplo, en el caso del art. 12, párr. 1º, inciso c) de la Ley de Organización judicial, con arreglo a la cual la Sala de Procedimientos Ejecutivos y Concursos y Quiebras no cuenta más que con tres miembros. Para las cuestiones de derecho público se requiere la participación de siete jueces; se exceptúan de esta norma los recursos de derecho público promovidos contra disposiciones emanadas de las autoridades cantonales por infracción del art. 4 de la Constitución federal (igualdad ante la Ley). La Sala llamada a substanciar esta clase de recursos está integrada por cinco miembros.

La administración de justicia en materia de derecho público y, en particular, la jurisdicción constitucional, están confiadas a la *Sala de Derecho Público*. Pertenecen a la misma los nueve miembros que integran la Sección de Derecho Público y Administrativo. Para la substanciación de las cuestiones denominadas de derecho público actúan, como queda indicado, siete jueces. Los recursos de derecho público harto frecuentes por infracción del artículo 4 de la Constitución federal se substancian ante la Sala de Derecho Público integrada a esos efectos por cinco miembros solamente. Los recursos cuya falta de viabilidad resulta evidente pueden ser despachados mediante el procedimiento llamado de examen previo. Conforme al art. 92 de la Ley de Organización judicial, una ponencia integrada por tres jueces está facultada para resolver, sin deliberación pública y por unanimidad de no entrar en el examen del fondo de recursos manifiestamente inadmisibles o de desestimar aquellos que considere, sin vacilación alguna, como carentes de fundamento. La resolución que en estos casos se dicta habrá de ser sumariamente motivada.

La Sala de Derecho Administrativo es la encargada de fallar los recursos de derecho administrativo interpuestos contra decisiones y disposiciones emanadas de autoridades federales o cantonales en aplicación del derecho administrativo federal (debido a que la ejecución de numerosas leyes administrativas federales queda encomendada a las autoridades cantonales en virtud del principio de descentralización administrativa que caracteriza la organización federalista de la Confederación Suiza). El volumen de la jurisprudencia administrativa confiada a la Sala de Derecho Administrativo del Tribunal federal es relativamente reducido. Los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía de recurso de derecho administrativo ante el Tribunal federal aparecen determinados por un método enumerativo. La sola cláusula de carácter general establecida a este respecto se refiere exclusivamente a los litigios en

materia de impuestos federales. Con arreglo al art. 97 de la Ley federal de Organización judicial es admisible el recurso de derecho administrativo ante el Tribunal federal "contra decisiones adoptadas en materia de contribuciones de derecho federal, tanto en lo concerniente al pago o a la restitución de contribuciones, como sobre el principio de la obligación o de la exención de pagarlas." En el concepto "contribuciones de derecho federal" están incluidos "los impuestos sobre la renta, sobre el patrimonio, sobre las transacciones, los impuestos de consumo, las tasas de exención, los derechos de concesión y las tasas postales, telegráficas y telefónicas, siempre que la percepción de los mismos se efectúe con arreglo al derecho federal." En diciembre de 1965 se ha presentado por el Consejo Federal al Parlamento de la Confederación un proyecto de ley encaminado a ampliar considerablemente el ámbito de la jurisprudencia administrativa ejercida por el Tribunal federal.

### **III. LAS CUESTIONES DE DERECHO PÚBLICO (JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL FEDERAL EN MATERIA DE DERECHO PÚBLICO)**

a) Dentro del ámbito de la jurisprudencia en materia de derecho público actúa la Sala de Derecho Público en calidad de tribunal encargado de dirimir las cuestiones de competencia que puedan surgir entre las autoridades federales, de una parte, y las autoridades cantonales, de otra (art. 83, inciso a) de la Ley de Organización judicial). En tal concepto está llamada a resolver las reclamaciones que versen sobre la diferenciación objetiva y la delimitación de las atribuciones propias del poder estatal que puedan corresponder respectivamente a la Confederación y a los cantones. Está llamada asimismo a fallar litigios de derecho público entre los cantones (art. 83, inciso b) de la Ley de Organización judicial), es decir, aquellos derechos que versen sobre la delimitación de la esfera jurídica propia de la soberanía cantonal, tales como las cuestiones litigiosas acerca del poder estatal de los cantones en materia de dominio territorial, demarcación territorial, servidumbres públicas, régimen jurídico y administrativo de los ríos que atraviesan diversos cantones etc., las cuestiones de competencia entre diversos cantones con motivo de excesos de poder en materia de derecho fiscal, los litigios entre autoridades tutelares de distintos cantones acerca de la prestación de asistencia jurídica para la ejecución de resoluciones dictadas en materia de tutelas, los litigios sobre validez, aplicación e interpretación de concordatos<sup>7</sup>, siempre que no se trate

<sup>7</sup> Se denominan "concordatos" los tratados celebrados entre distintos cantones sobre materias comprendidas dentro de su respectiva esfera de atribuciones.



exclusivamente de cuestiones de derecho civil, las cuestiones de competencia surgidas con motivo de concurrencia de jurisdicciones territoriales intercantonales, etc.

b) Lo que, son todo eso, constituye la pieza esencial de la jurisprudencia del Tribunal federal es la *jurisdicción constitucional*, cuyo ámbito aparece más detalladamente circunscrito en el art. 84 de la Ley de Organización judicial, habiendo de entenderse por tal la esfera de competencia para fallar los litigios que son susceptibles de ser promovidos mediante el *recurso de derecho público* ante el Tribunal federal, respectivamente ante la Sala de Derecho Público de dicho Tribunal. Con arreglo al art. 84 de la Ley de Organización judicial cabe promover contra cualesquiera resoluciones o disposiciones oficiales cantonales el recurso de derecho público ante el Tribunal federal:

- a) por violación de cualesquiera derechos constitucionales de los ciudadanos;
- b) por violación de concordatos (tratados de derecho público celebrados entre los cantones);
- c) por violación de tratados internacionales, salvo en los casos de infracción de disposiciones de derecho civil o de derecho penal contenidas en alguno de los referidos tratados por decisiones emanadas de autoridades cantonales;
- d) por violación de preceptos de derecho federal sobre delimitación de la esfera de competencia de las autoridades por razón de materia o de lugar.

Dentro de la acepción "recursos de derecho público" están asimismo comprendidos los "recursos concernientes al derecho de voto de los ciudadanos y los relativos a las elecciones y a las votaciones cantonales, cualesquiera que sean las disposiciones de la constitución cantonal y de derecho federal que rijan en la materia (art. 85, inciso a) de la Ley de Organización judicial).

c. *Los derechos constitucionales de los ciudadanos.* Constituyen estos el objetivo más noble y más trascendental del recurso de derecho público. La expresión "derechos constitucionales" comprende en primer término los derechos fundamentales garantizados por la Constitución federal y las constituciones cantonales, especialmente los derechos individuales inherentes a las libertades públicas y los derechos políticos del pueblo (o sea, los derechos políticos inherentes a la ciudadanía).

Los derechos inherentes a las libertades públicas (*Freiheitsrechte*) son: la libertad de creencia y de conciencia (art. 49 de la Constitución federal), la libertad de cultos (art. 50 de la Constitu-

ción federal), la libertad de comercio e industria (art. 31 de la Constitución federal) — que ha quedado considerablemente restringida en virtud de los “artículos relativos al dominio de la economía” — la libertad de la persona y del domicilio, eventualmente también el secreto de la correspondencia con arreglo a los derechos consignados en las constituciones cantonales, el derecho de petición (art. 57 de la Constitución federal), la libertad de prensa (art. 55 de la Constitución federal) y el derecho a la libre emisión de opiniones con arreglo a los derechos consignados en las Constituciones cantonales, la libertad de establecimiento (art. 45 de la Constitución federal), la libertad de asociación (art. 56 de la Constitución federal), la libertad de reunión conforme a los derechos consignados en las constituciones cantonales, así como la libertad de enseñanza reconocida en numerosas constituciones cantonales.

Por lo que respecta a los derechos políticos del pueblo (*Volksrechte*), la Constitución federal conoce los siguientes: la elección popular para la designación de los diputados al Consejo Nacional y la de los jurados federales, el referendium constitucional obligatorio, el referendium facultativo para los tratados internacionales y las leyes federales, la iniciativa popular para la revisión total de la Constitución federal y la iniciativa popular para la revisión parcial de la Constitución federal. Los derechos políticos del pueblo consignados en la Constitución federal han sido tomados de la legislación correspondiente de los cantones. Los derechos políticos cantonales vienen a ser aún más numerosos y más extensos que los de derecho federal. Así, por ejemplo, se da el caso que la mayor parte de las constituciones cantonales prevén el referendium obligatorio como trámite previo para la entrada en vigor de las leyes y la iniciativa popular en materia legislativa (petición de determinado número de electores para que se dicte una nueva ley).

Entre los derechos constitucionales ocupa un lugar preferente el principio de la igualdad jurídica (la igualdad ante la ley, conforme al art. 4 de la Constitución federal), que en la jurisprudencia del Tribunal federal supera en cuanto a su importancia a todos los demás derechos individuales.

El Tribunal federal ha logrado derivar de determinadas normas esenciales propias del derecho orgánico objetivo, ciertos derechos básicos, tales como los que dimanán del principio de la separación de poderes y de la fuerza derogatoria del derecho federal (el derecho federal prevalece en todo caso sobre el derecho cantonal). La infracción de estas normas fundamentales de la organización federal en perjuicio de un ciudadano abre, por consiguiente, el camino a la persona o a la entidad interesada para interponer el recurso de derecho público. El mismo caso se da en la eventualidad de un quebrantamiento de otro de los principios básicos de la organización federal, el de la autonomía municipal; en tal

supuesto, el municipio lesionado en sus derechos está legalmente facultado para interponer el recurso.

Con la sola excepción del Cantón del Tesín, la propiedad privada aparece garantizada por todas las constituciones cantonales. La Constitución federal, en sí misma, no contiene una garantía que se refiera expresamente al derecho de propiedad. No obstante, la garantía del derecho de propiedad es de obligatoria observancia para la Confederación y para todos los cantones en virtud de la jurisprudencia del Tribunal federal, toda vez que "la propiedad privada emana, por su propia naturaleza, del estado social", conforme a lo estatuido por el Tribunal federal en sentencia de 11 de marzo de 1909 (BGE. *Bundesgerichtsentscheide* = Colección de Resoluciones del Tribunal Federal 35 I. 571).<sup>8</sup>

d. El recurso de derecho público tiene un carácter esencialmente *subsidiario*, es decir que únicamente es admisible "cuando la violación del derecho alegada no pueda ser sometida mediante una acción u otro medio jurídico al Tribunal federal o a otra autoridad federal" art. 84, párr. 2 de la Ley de Organización judicial). Además, se requiere para dicha admisión que se hayan agotado previamente todas las instancias cantonales. Se exceptúan de esta norma con arreglo al art. 86, párr. 2, de la Ley de Organización judicial, los recursos por violación de la libertad de establecimiento (art. 45 de la Constitución federal), de la prohibición de la doble imposición en materia fiscal (art. 46, párr. 2, de la Constitución federal), la garantía de que ningún ciudadano será sometido a juez distinto del que constitucionalmente corresponda (art. 58 de la Constitución federal), la garantía del juez del domicilio (art. 59 de la Constitución federal), del derecho de los ciudadanos de los demás cantones a una completa igualdad de trato con los ciudadanos del cantón respectivo en cuanto a la legislación aplicable y en materia de procedimientos judiciales (art. 60 de la Constitución federal) y en cuanto al derecho a la asistencia jurídica (art. 61 de la Constitución federal).

Están calificados para interponer el recurso de derecho público los ciudadanos, es decir, los particulares, y las colectividades lesionadas en sus derechos por resoluciones o disposiciones que sean de obligatoria y general observancia o que, aún no siéndolo, les afecten

<sup>8</sup> BGE 35 I 571: BGE = Colección Oficial de Resoluciones del Tribunal Federal Suizo. El primer número 35 indica el volumen; la cifra I indica la "primera parte - derecho público y derecho administrativo", la última cifra señala la página. Cada año se publican 4 volúmenes de sentencias del Tribunal federal; el volumen que lleva la cifra I contiene las resoluciones de derecho público y administrativo; el volumen II contiene las sentencias de derecho civil, el volumen III, las resoluciones de la Sala de Ejecuciones y Quiebras y el volumen IV, las sentencias de la Corte de Casación en materia penal.

personalmente (art. 88 de la Ley de Organización judicial). Bajo la expresión colectividades entiende la ley las personas jurídicas de derecho privado con personalidad propia, pero asimismo incluye en la misma a las compañías colectivas y las sociedades en comandita, a las asociaciones profesionales, e incluso a la masa de una quiebra en calidad de representante de los acreedores, salvo cuando se trata de aquellos derechos que, por su especial naturaleza, no son susceptibles de invocación por las aludidas personas jurídicas, tales como la libertad de creencia y de conciencia y los derechos políticos.

Excepcionalmente, cabe interponer el recurso de derecho público por colectividades de derecho público cuando una de dichas entidades estime pertinente intervenir al efecto de salvaguardar su esfera de acción autónoma frente a órganos administrativos jerárquicamente superiores. Así, por ejemplo, puede un municipio hacer valer su oposición frente a un acto de soberanía del cantón de que depende mediante un recurso de derecho público promovido por quebrantamiento de la autonomía municipal.

e. Son objeto del recurso de derecho público "las resoluciones o disposiciones cantonales" (*Entscheide* = decisiones). Entre las mismas deben considerarse incluidos los actos de todo género emanados de la soberanía cantonal, es decir: leyes, actos administrativos y sentencias judiciales. Ha de tratarse, desde luego, de una manifestación de voluntad emanada de una autoridad cantonal que haya sido formulada en virtud del poder público que le está conferido a la autoridad respectiva. La manifestación de voluntad de la autoridad cantonal puede emanar del conjunto de los ciudadanos de un cantón que hacen uso de sus derechos políticos al adoptar una ley en virtud de un referendium, de los órganos supremos colegiados o unipersonales del cantón respectivo (Gran Consejo<sup>9</sup>, Consejo de Gobierno<sup>10</sup>, de sus correspondientes direcciones generales, del tribunal supremo cantonal) o de órganos colegiados o unipersonales de menor categoría, de asociaciones de carácter público, autoridades eclesiásticas, cuerpos administrativos autónomos, como asimismo, de municipios.

Por lo que respecta al acto de soberanía cantonal que motiva el recurso, carece de interés a esos efectos que se haya efectuado en aplicación de normas de derecho cantonal o de preceptos de derecho federal. Si la inconstitucionalidad consiste en haberse aplicado una disposición de derecho federal que contraviene a la Cons-

<sup>9</sup> "Gran Consejo" (*Grosser Rat*) o "Consejo Cantonal" (*Kantonsrat*) son las designaciones propias de los parlamentos cantonales.

<sup>10</sup> "Consejo de Gobierno" (*Regierungsrat*), "Consejo de Estado" (*Staatsrat*), "Pequeño Consejo" (*kleiner Rat*), "Comisión de los Estamentos" (*Standeskommission*) son las designaciones correspondientes a diversos gobiernos cantonales.

titudin federal, cabrá impugnarla por vía de recurso de derecho público, con tal que no se trate de una disposición de carácter preceptivo de las que son de obligatoria observancia para el Tribunal federal. De esta importantísima limitación impuesta a la jurisdicción del Tribunal federal se tratará más adelante bajo el epígrafe IV.

Otra limitación a la esfera de competencia del Tribunal federal — impuesta por el propio Tribunal — consiste en que éste se niega a entrar en el examen de los recursos de derecho público promovidos contra disposiciones contenidas en cualquiera de las constituciones cantonales; así resulta que una norma jurídica contenida en una constitución cantonal que vulnera derechos de ciudadanos o de corporaciones garantizados por la Constitución federal no es susceptible de impugnación mediante un recurso de derecho público. Del mismo modo, no puede ser objeto de un recurso de derecho público un acto de soberanía individualmente considerado, como por ejemplo, un acto administrativo que en un caso determinado vulnera los derechos de una persona, si dicho acto ha sido efectuado en aplicación de una norma contenida en una constitución cantonal que contraviene a la Constitución federal. Esta jurisprudencia ha sido predominantemente acogida con aversión por la doctrina jurídica suiza. El Tribunal federal (es decir, la Sección de Derecho Público) ha perseverado, no obstante, todavía en su criterio en una reciente sentencia dictada con fecha 9 de octubre de 1963 en autos Nelz/Cantón de Zurich (BGE 89 I 389). El fallo se funda principalmente en el hecho que las constituciones cantonales, como asimismo toda modificación que se introduzca en cualquiera de dichas constituciones, no pueden entrar en vigencia sin la previa aprobación por la Asamblea federal, para lo cual son examinadas por esta última en cuanto a su conformidad con la Constitución federal. El Tribunal federal consideró en este caso, que el examen comprobatorio (*die Kontrolle*) ejercido por la Asamblea federal no es de un género distinto del que pudiera desempeñar el Tribunal federal, si le estuviere encomendado el examen de las constituciones cantonales en cuanto a su conformidad con la Legislación federal. Porque la decisión en virtud de la cual se determina si una constitución cantonal no contiene nada que contravenga a los preceptos de la Constitución federal no es — según el criterio del Tribunal federal — una resolución de carácter político, sino una decisión de naturaleza jurídica. Las consideraciones basadas en motivos de conveniencia política (*politische Zweckmäßigkeitserwägungen*) no constituyen en tales casos el elemento determinante, sino que el problema que se trata de resolver es si la disposición contenida en la constitución cantonal respectiva está o no está en todo ajustada a derecho. Partiendo del supuesto que la Asamblea federal efectúa un examen comprobatorio de naturaleza puramente jurídica (*eine reine Rechtskontrolle*) resultaría anómalo, que corres-

pondiera efectuar ese mismo examen comprobatorio también anteriormente al Tribunal federal. No cabe admitir que el legislador en materia constitucional haya querido confiar un mismo cometido a dos autoridades distintas.

#### IV. LA SUJECIÓN DEL TRIBUNAL FEDERAL A LAS LEYES FEDERALES Y A LAS RESOLUCIONES FEDERALES DE GENERAL Y OBLIGATORIA OBSERVANCIA

La restricción más importante impuesta a la jurisdicción del Tribunal federal consiste en la prohibición de todo examen comprobatorio acerca de la constitucionalidad de los actos legislativos emanados del Parlamento federal que revisten la forma de leyes federales o de resoluciones federales de general y obligatoria observancia. Dichos actos legislativos aparecen definidos como sigue por los art. 5 y 6 de la Ley federal de 23 de marzo de 1962 sobre el procedimiento de la Asamblea y sobre la forma, la publicación y la entrada en vigencia de los actos legislativos emanados de la misma:

Las leyes federales son actos legislativos de duración ilimitada que contienen reglas de derecho. Se consideran como actos legislativos que contienen reglas de derecho todas aquellas normas de carácter general y abstracto "que imponen obligaciones o confieren derechos a las personas físicas o jurídicas así como las que regulan la organización, la competencia o los cometidos de las autoridades o establecen un procedimiento". Las resoluciones federales de general y obligatoria observancia son actos legislativos de duración limitada que contienen reglas de derecho. Procede asimismo revestir de la forma de resoluciones federales de general y obligatoria observancia a aquellos actos legislativos "que son susceptibles de ser sometidos a un referendun en virtud de un precepto constitucional y para los cuales no está prevista la forma de ley federal".

Las leyes federales y las resoluciones federales de general y obligatoria observancia (*allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse*) se hallan sometidas al referendun facultativo, es decir que "habrán de someterse a la adopción o a la desestimación por el pueblo, si lo solicitaren 30.000 ciudadanos suizos con derecho a voto u ocho cantones" (art. 89, párr. 2, de la Constitución federal).

Con arreglo al artículo 113 de la Constitución federal, "el Tribunal federal aplicará las leyes votadas por la Asamblea federal y las resoluciones de dicha asamblea que sean de general y obligatoria observancia. Habrá asimismo de ajustarse a los tratados que hayan sido ratificados por la Asamblea federal". Esta disposición

no ha dejado de ser impugnada por parte de autorizados juristas suizos. Deja entrever el conflicto existente en el ordenamiento constitucional suizo entre el concepto de la democracia, de una parte, y de otra, la idea del Estado de Derecho y el liberalismo. El Profesor Hans Nef, de la Universidad de Zurich, ha formulado en el informe que presentó ante el Congreso de Juristas suizos de 1952 sobre "el sentido y la protección de la legislación adaptada a la Constitución y de la Administración ajustada a derecho dentro de la Confederación"<sup>11</sup>, las observaciones siguientes:

Para una persona de espíritu democrático, que sea consecuente consigo misma, resulta muy penoso, tratándose de leyes emanadas de la voluntad de la representación popular o, incluso, del conjunto del pueblo, conceder a un tribunal colegiado integrado por un escaso número de magistrados, atribuciones para revisar dichas leyes con facultad para anularlas, si llega el caso. Para quienes piensan así, la jurisdicción constitucional se halla en contradicción con la democracia. La idea de la democracia exige que se reconozca un valor incondicional a la voluntad de los representantes del pueblo o a la expresada por el mismo pueblo. La idea de la jurisdicción constitucional exige que, incluso los actos legislativos emanados de la representación popular o del propio pueblo puedan, si llega el caso, ser revocados por el juez. En esto se manifiesta la antinomia existente de un modo general entre el concepto de la democracia y la idea del Estado de Derecho.

En la época en que se llevó a efecto la revisión total de la Constitución federal, o sea el año 1874, el principio de la primacía del poder legislativo se consideraba todavía indiscutible. Así se explica, que en una de las primeras sentencias dictadas por el Tribunal federal permanente recientemente instaurado se diga textualmente (BGE: *Bundesgerichtsentscheide* = Resoluciones del Tribunal federal) 2, pág. 105: "En suma, hay que calificar como un principio general de derecho, aplicable en especial al derecho federal y cantonal suizo, que la autoridad del poder legislativo ha de considerarse como la suprema autoridad y que los tribunales de justicia no están habilitados para recusar la validez y la aplicabilidad de una ley o de un decreto dictados por el poder legislativo por entender que el contenido de los mismos es contrario a la Constitución."

Con respecto a su exclusión de todo examen comprobatorio de las normas jurídicas que contienen, están equiparados a las leyes federales y a las resoluciones federales de general y obligatoria observancia aquellos decretos dictados por el Consejo federal en virtud

<sup>11</sup> Hans Nef, *Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde* ("Sentido y protección de la legislación adaptada a la Constitución y de la Administración ajustada a derecho en la Confederación" en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (Revista de Derecho Suizo), Vol. 69 (1950), pág. 227.

de los plenos poderes que con carácter extraordinario le sean conferidos por el Parlamento, tales como los que le fueron otorgados al tiempo de estallar las dos guerras mundiales (por ejemplo, en virtud de la resolución federal de 30 de agosto de 1939 sobre medidas adecuadas para asegurar la protección del país y el mantenimiento de la neutralidad). El Tribunal reconoce a estos decretos de emergencia el carácter y la fuerza obligatoria propia de las leyes, aun antes de que la Asamblea federal les haya otorgado *a posteriori* su aprobación (los decretos de emergencia dictados durante la segunda guerra mundial fueron sometidos a la aprobación de la Asamblea federal a intervalos regulares).

#### V. EL EXAMEN COMPROBATORIO JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES FEDERALES Y DE LOS DECRETOS DICTADOS POR EL CONSEJO FEDERAL

Toda vez que el artículo 113, en su párrafo 3, de la Constitución federal sólo excluye del examen comprobatorio judicial a las leyes federales y a las resoluciones federales de general y obligatoria observancia, resulta que los demás actos legislativos comprensivos de reglas de derecho emanados de entidades federales, como asimismo los tratados internacionales que contengan preceptos de carácter legislativo aprobados por la Asamblea federal pueden ser objeto de examen comprobatorio con respecto a su constitucionalidad y a su legalidad por parte de todas las autoridades judiciales. Este examen comprobatorio de las reglas de derecho a cargo de la autoridad judicial no tiene, empero sino un carácter meramente accesorio, es decir, que interviene a modo de una cuestión prejudicial con motivo de la aplicación de las reglas de derecho al caso concreto. La disposición que contraviene a la Constitución o a la ley no es derogada por el juez, sino que éste se limita a declarar que no procede aplicarla con respecto a la parte recurrente para la que resulta lesiva.

La esfera de competencia judicial aparece visiblemente limitada con respecto a los ordenamientos jurídicos no autónomos del ejecutivo (*Rechtsverordnungen der Exekutive*), es decir, de los que aparacen basados en una delegación de atribuciones. En tanto que es la Asamblea federal la que delega en el Consejo federal o en otros organismos estatales sus atribuciones legislativos, los tribunales de justicia no pueden hacer otra cosa, en vista de lo estatuido en el art. 113, párr. 3, de la Constitución federal, que limitarse taxativamente a examinar si los ordenamientos impugnados permanecen dentro del marco de la delegación, es decir, si la ley confería efectivamente a la entidad que ha dictado el ordenamiento en cuestión la competencia necesaria para establecer el ordenamiento



o la disposición emanada del mismo que ha motivado el recurso. "El examen comprobatorio o control judicial (*richterliche Kontrolle*) no podrá, en cambio, encarar la cuestión acerca de la constitucionalidad del ordenamiento dictado en virtud de la ley sobre delegación de atribuciones. De no haberse previsto esta restricción, resultaría que el Juez se vería indirectamente impulsado a examinar la constitucionalidad de las leyes sobre delegación de atribuciones, lo que le está formalmente vedado por el art. 113, párr. 3, de la Constitución federal."<sup>12</sup>

La restricción aludida cae por tierra tratándose de ordenamientos jurídicos de carácter autónomo dictados por el Consejo federal (*selbständige Rechtsverordnungen des Bundesrates*). La constitucionalidad de estas disposiciones puede ser examinada por el juez sin restricción alguna. Diversos preceptos constitucionales facultan al Consejo federal para dictar ordenamientos jurídicos con carácter autónomo. Así por ejemplo, está autorizado en virtud del art. 41, párr. 4, de la Constitución federal para dictar disposiciones prescriptivas sobre fabricación, adquisición, venta, importación y exportación de material de guerra. Aparte de ello, interesa citar el derecho a dictar ordenamientos jurídicos con carácter autónomo que la práctica constante ha reconocido en favor del Consejo federal a base de lo previsto en los incisos 9 y 10 del artículo 102 de la Constitución federal. Con arreglo a dichos preceptos constitucionales, incumbe al Consejo federal velar por la seguridad exterior, por el mantenimiento de la seguridad y de la neutralidad de Suiza y cuidar asimismo de la seguridad interior de la Confederación y del mantenimiento de la tranquilidad y del orden.

## VI. DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL SOBRE PROTECCION Y DEFENSA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

No es cuestión de esbozar, ni aún en forma compendiada, el conjunto de la jurisprudencia extraordinariamente copiosa, sentada por el Tribunal federal en materia de derechos constitucionales. El autor ha de limitarse a enunciar algunos ejemplos que ofrecen particular interés al efecto de ilustrar el espíritu de dicha jurisprudencia.

### a. Cuestiones generales:

De conformidad con la doctrina que prevalece en esta materia, los derechos constitucionales son considerados asimismo por la

<sup>12</sup> Fleiner/Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* ("Derecho político federal suizo"), Zurich, 1949, pág. 936.

jurisprudencia del Tribunal federal suizo como derechos absolutos y, por consiguiente, inmediatamente aplicables. En su calidad de derechos absolutos, estos no se hallan meramente garantizados para un caso eventual en la medida que lo disponga la ley; antes bien, el legislador se ve obligado a tenerlos en cuenta en el curso de su actividad legislativa. Constituye sobre todo una obligación para el juez concretar debidamente esos derechos constitucionales y el Tribunal federal suizo ha realizado a este respecto una labor creadora de derecho digna de encomio. En particular, ha delimitado las condiciones que han de concurrir para que las restricciones de los derechos individuales sean admisibles y soportables en una democracia constituida en Estado de derecho.

Los derechos fundamentales sólo están garantizados a reserva del mantenimiento del orden público (reserva que, en Suiza, no aparece consignada, en la mayoría de los casos, en fuentes de derecho escrito). Así, por ejemplo, el art. 55 de la Constitución federal se limita a declarar en forma breve y escueta: "la libertad de prensa está garantizada". El art. 56, que garantiza la libertad de asociación, prohíbe la formación de asociaciones que, por razón de su finalidad o de los medios que emplean para lograrlas, resulten ser ilícitas o peligrosas para el Estado, y autoriza a los cantones para adoptar las disposiciones que aparezcan necesarias contra todo abuso del derecho de asociación. Es, por consiguiente, lícito imponer restricciones a las libertades públicas en la medida que la reserva sobre el mantenimiento del orden público lo justifique.

Según la constante jurisprudencia del Tribunal federal, la noción del orden público se presenta como una cláusula que exige a la vez la eficaz protección de la sociedad y del Estado. En el ámbito de la protección a la sociedad, los bienes jurídicos amparados son la tranquilidad y la paz públicas, la seguridad de las comunicaciones, la moralidad pública, la salubridad pública, la buena fe (protección contra el engaño y la explotación). La reserva de orden público, considerada desde el punto de vista de la protección del Estado, legitima la adopción de medidas contra todo abuso de las libertades públicas susceptible de poner en peligro "la estabilidad del poder público", "las bases del Estado", "el orden constitucional". Bajo el concepto "protección del orden constitucional", entiende el Tribunal federal el mantenimiento de la seguridad interior y de la independencia exterior de la Confederación (sentencia del Tribunal de Casación de 5 de febrero de 1940 en autos Schaad y Janser). "Las libertades públicas no deben dar lugar a ningún abuso susceptible de socavar las bases del Estado y la reserva constitucional del orden público es el mandato solemne dirigido a los órganos estatales para que adopten todas las disposiciones conducentes a proteger las bases del Estado contra los abusos de las liber-

tades públicas que impliquen un peligro para aquellas o, incluso, intervengan directamente en caso de necesidad.”<sup>13</sup>

Las autoridades ejecutivas suizas — Consejo federal, gobiernos cantonales — están habilitadas para proceder a una intervención valiéndose de las atribuciones conferidas a la policía sin necesidad de alegar una base legal, “siempre que se trate de impedir disturbios o de evitar que se ponga en peligro la seguridad, la salubridad o la moralidad públicas, cuando éstas se vean amenazadas de un modo inmediato a consecuencia de acontecimientos determinados y resultare imposible recurrir a medidas legales como medio de defensa a causa de la lentitud de los trámites legislativos ordinarios” (BGE = Colección de Resoluciones del Tribunal Federal 83 I 117). En aquellos cantones donde la constitución respectiva no prevea expresamente una legislación de emergencia, la jurisprudencia del Tribunal federal en materia de derecho público reconoce al gobierno cantonal, que cuente con el apoyo de las fuerzas de policía, el derecho a dictar los decretos de emergencia que estime pertinentes. Por lo demás, “las restricciones aportadas a la libertad del ciudadano . . . no pueden ser dictadas más que por el legislador o por una autoridad habilitada para adoptar tales disposiciones a base de una autorización legal; la Administración no puede, por consiguiente, en un caso concreto aislado . . . menoscabar las libertades públicas sin una base material legal” (BGE 67 I 76, 80 I 53, 81 I 32).

#### **b. La igualdad ante la ley (igualdad jurídica)**

*Su significado general.* Una labor creadora de derecho particularmente fructífera es la realizada por el Tribunal federal en materia de interpretación del artículo 4 de la Constitución federal. El referido artículo dice textualmente:

Todos los suizos son iguales ante la ley. No existen en Suiza, ni sujetos, ni privilegios de lugar, de nacimiento, de personas o de familias.

Originariamente, esta garantía constitucional afectaba únicamente a los derechos políticos de los ciudadanos. Ya al poco tiempo de haber entrado en vigor la Constitución de 1848, fueron incluidos otros dominios jurídicos en el campo de aplicación de la igualdad de derecho por las autoridades a las que estaba confiada en aquel tiempo la administración de justicia en materia de derecho constitucional: el Consejo federal y la Asamblea federal. El principio se hizo extensivo al derecho fiscal y a la libertad comercial e industrial. El Tribunal federal permanente creado por la Constitución de 1874

<sup>13</sup> J. A. Bumbacher, *Die öffentliche Ordnung – eine Schranke der Freiheitsrechte* (“El orden público – una traba para las libertades públicas”), Winterthur, 1957, pág. 84.

descubrió muy pronto en la igualdad jurídica un principio general que domina todo el ordenamiento jurídico. Este criterio se abrió definitivamente camino en la sentencia de 2 de abril de 1880 dictada en autos Jaeggi/Cantón de Soleure (BGE 6, págs. 171 y sigs.) de cuyos considerandos merecen ser reconocidos los argumentos siguientes:

La importancia y el alcance del principio de la igualdad ante la ley aparecen determinados y delimitados por la circunstancia de que se trata de un postulado de derecho público concerniente a la justicia. Por una parte, este principio, como tal, no se limita en modo alguno a la prohibición de los privilegios taxativamente enunciados en el art. 4, párr. 2, de la Constitución, sino que, como resulta también de los antecedentes históricos sobre el origen del referido art. 4 y de la práctica seguida hasta la fecha por el Tribunal federal, ha de considerarse como un principio general que domina todo el ordenamiento jurídico. . . . Por otra parte, es obvio que de ningún modo implica la exigencia, no solamente inoportuna, sino además injustificada y completamente irrealizable, de que el legislador fuere a someter a todos ciudadanos, sin la menor consideración, a una misma y única regla de derecho. Antes bien, es de toda evidencia que, sin perjuicio del principio de la igualdad ante la ley, las diferencias naturales existentes entre los ciudadanos por razón de la edad, del sexo, de la profesión u oficio y demás circunstancias, pueden y deben hallar también su expresión en numerosas diferencias de orden jurídico. Toda diferencia en el orden jurídico no equivale, pues, forzosamente a una desigualdad ante la ley. En cambio, no cabe tampoco admitir que el principio de la igualdad ante la ley sólo sea valedero en el supuesto de que las circunstancias de hecho sean absolutamente idénticas. En efecto, interpretado en ese sentido, el referido principio acabaría por resultar completamente ilusorio frente a todas las leyes de excepción que se refieren, no a individuos determinados, sino a clases enteras de ciudadanos, toda vez que, como es natural, nunca faltan rasgos distintivos característicos de innegable efectividad que permitirían diferenciar de los demás ciudadanos el conjunto de los comprendidos dentro de la clase afectada por la ley. Así resultaría que, en tajante contradicción con el principio constitucional, las leyes de excepción más arbitrarias pudieran ser consideradas admisibles en favor o en detrimento de determinadas clases de personas. Lo que realmente exige el principio de la igualdad no es la igualdad de trato en el supuesto de que las condiciones de hecho sean rigurosamente idénticas, sino que requiere la igualdad de trato en el supuesto de igualdad de todas las condiciones de hecho importantes. Para justificar la desigualdad en el trato de los ciudadanos no es suficiente que exista una diferencia entre cualesquiera condiciones de hecho, sino que se requiere que la diferencia afecte precisamente a aquellas condiciones de hecho que, con arreglo a los principios reconocidos del orden jurídico y estatal vigente, puedan revestir cierta importancia en el ámbito del dominio jurídico de que se trata.

La precitada sentencia versaba sobre *la posibilidad de aplicar*

*el principio de la igualdad de derecho en el ámbito de la legislación.* Determinó que fuese derogado el artículo 16 del Código penal que regía entonces en el Cantón de Soleure, con arreglo al cual no se podía en ningún caso imponer una pena pecuniaria a los quebrados ni a los pródigos sometidos a tutela. "Con respecto a esas personas, y siempre que la ley prevea penas pecuniarias o penas privativas de libertad, aplicará el juez únicamente estas últimas y cuando la ley no prevea más que penas pecuniarias, deberá condenar a una pena privativa de libertad en lugar de imponer aquellas en la proporción de un día de encarcelamiento por cada dos francos de multa." En esta disposición vió el Tribunal federal una violación del principio de la igualdad jurídica, toda vez que "la circunstancia que el culpable sea un quebrado se sitúa con respecto a cualesquiera delitos que no sean precisamente el de quiebra o insolvencia culpable fuera de la cuestión de hecho comprendida dentro del ámbito del derecho penal; no está en relación alguna, ni con el aspecto objetivo, ni con el aspecto subjetivo del delito, ya que es de toda evidencia, que ni la gravedad del delito, ni el resultado antijurídico alcanzado han sido influidos en modo alguno por dicha circunstancia".

En cuanto a los criterios acerca de cuales hayan de ser las circunstancias que deban concurrir en los hechos para que se les pueda atribuir esa importancia jurídica "susceptible de justificar una desigualdad en el trato de los ciudadanos a los efectos jurídicos", estos se hallan naturalmente sujetos a los cambios que se producen a través del tiempo. La jurisprudencia del Tribunal federal ha tenido, por ejemplo, en cuenta las alteraciones que se han producido con respecto a la situación jurídica de la mujer. En una sentencia contenida en BGE 13, págs 5 y sigs. había declarado todavía el Tribunal federal: "Con arreglo al criterio jurídico que, en todo caso, prevalece todavía en nuestros días, no cabe duda que el tratamiento jurídico distinto de que son objetos ambos sexos en materia de derecho público, en especial, por lo que respecta al derecho a actuar en la vida pública, no carece en modo alguno de fundamentación interna. No cabe, por consiguiente, estimar que se halla en contradicción con el artículo 4 de la Constitución federal una norma jurídica cantonal que deniega a la mujer el derecho de representar a las partes ante los tribunales de justicia." Treinta y cinco años más tarde, en otra sentencia (BGE 49 I pág. 16 y sigs) se consideró por el propio Tribunal que la exclusión de la mujer de la profesión de abogado estaba basada en prejuicios caducados y que actualmente una diferencia de trato tan marcada a ese respecto entre ambos sexos resultaba ya insostenible ante el art. 4 de la Constitución federal.

En numerosas sentencias se ha ocupado el Tribunal federal de las exigencias que el principio de la igualdad plantea al legislador

en materia fiscal. Ha declarado inadmisibles que un municipio exija el pago del impuesto sobre la renta de personas que perciban un salario fijo pero no de artesanos y personas que ejercen una actividad independiente (BGE 38 I 34). Consideró inadmisibles denegar a los dueños de bienes raíces la deducción de deudas por el hecho de que el acreedor hipotecario, por ejemplo, el municipio o la Confederación, no están obligados a pagar impuestos sobre las sumas que se les adeudan (BGE 48 I 328; 49 I 4). Asimismo ha declarado inadmisibles que se fijen los impuestos correspondientes a los socios colectivos y comanditarios (de compañías mercantiles) que estén domiciliados fuera del cantón en forma distinta que a las personas domiciliadas dentro del cantón (BGE 51 I 76).

En el terreno del derecho procesal, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal federal, el principio de la igualdad jurídica prescribe a los legisladores cantonales que dicten disposiciones sobre el derecho al beneficio de pobreza. (La legislación sobre procedimientos civiles y criminales está comprendida dentro de la esfera de competencia de los cantones, en tanto que no se trate de procedimientos ante las instancias judiciales federales). Si el derecho ha de ser aplicado por igual a todos los ciudadanos, la protección judicial no debe en modo alguno depender de la circunstancia de que el ciudadano en cuestión se halle o no se halle en condiciones de hacer frente a los gastos del procedimiento. La persona que carece de medios tiene también derecho a la protección judicial. El principio de la igualdad jurídica implica la prohibición de toda denegación de justicia y esto constituye la base del derecho que tiene el ciudadano carente de medios a que se le administre justicia gratuitamente.

En el terreno de la aplicación del derecho, el principio de la igualdad jurídica se manifiesta ante todo a través de la prohibición aludida de denegación de justicia. El ciudadano tiene un derecho constitucionalmente reconocido a que se le administre justicia y a que se hagan efectivos los mandatos judiciales por los órganos ejecutivos competentes. Esto implica principalmente el derecho a ser oído en justicia y el derecho a la asistencia judicial. El derecho a ser oído en justicia confiere a su vez a las partes el derecho a examinar los autos y a conocer los fundamentos de las resoluciones.

Merece ser evocada especialmente la introducción del derecho a ser oído en justicia en los procedimientos administrativos merced a la influencia ejercida por la jurisprudencia sobre el artículo 4 de la Constitución federal, que en la mayoría de los cantones no ha sido objeto de regulación jurídica hasta en época bastante reciente. Es verdad, que originariamente, el Tribunal federal había "reconocido el derecho a ser oído en justicia tan sólo a favor de las personas que se vieren implicadas judicialmente en una acción

civil o criminal, sin que ese derecho se hiciera extensivo a los procedimientos administrativos. Esto, evidentemente, no hubiera sido nada fácil de poner en práctica, debido a las normas que regían en la mayor parte de los cantones en materia de procedimiento administrativo, conforme a las cuales las autoridades cantonales obraban por su propia iniciativa y procedían de oficio a las averiguaciones necesarias en la forma que estimaban pertinente". En estos términos se expresaba una sentencia que data de 1902. Por de pronto, la regla general enunciada en la misma fue observada con rarísimas excepciones. En otras sentencias, dijo el Tribunal federal que la actividad administrativa pudiera verse paralizada o dilatada en forma inadmisibles, si antes de dictar una medida, la Administración hubiera de dar la palabra a todos aquellos que, directa o indirectamente, fueren afectados por la medida en cuestión. Esto debía sobre todo ser tenido en cuenta para las disposiciones de carácter general, como por ejemplo las medidas preventivas para protección de la higiene. El Tribunal federal ha declarado reiteradamente que el artículo 4 de la Constitución federal no permitía "deducir de un modo general que existe el derecho a ser oído en justicia, especialmente en aquellos lugares y casos donde, en la situación creada a consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades administrativas, el ciudadano se encuentra aislado frente al Estado y sometido al poder público." Contra este modo de considerar el problema, el propio Tribunal federal formuló más adelante en una sentencia de fundamental importancia la objeción siguiente: "Conviene añadir que la relación de subordinación, considerada desde el punto de vista del ciudadano, debiera realmente constituir un motivo para otorgarle las mayores garantías posibles, ante todo, aquellas que le permitan pronunciarse acerca de las disposiciones que la Administración se proponga adoptar con respecto a él." En época más reciente, el Tribunal federal fué ampliando sucesivamente el ámbito de los procedimientos administrativos en los cuales no debe denegarse el derecho del ciudadano a ser oído. Primeramente, le fue reconocido el derecho a ser oído en aquellos expedientes administrativos que implican una intrusión tajante en la esfera personalísima del ciudadano (casos de internamiento gubernativo de un refractario al trabajo o de un alcohólico, reclusión en un asilo de un incapacitado que tenga discernimiento). En otro caso, exigió el Tribunal federal que se concediese audiencia al ciudadano a quien se le hubiera impuesto una sanción policial a instancia de la Administración o cuya inscripción de ciudadanía debiere ser objeto de revocación. Muy recientemente, ha abandonado el Tribunal federal su actitud reservada mantenida anteriormente. Hoy en día exige que se conceda audiencia en justicia en todos los casos en que la resolución impugnada no pueda ser sometida a nuevo examen y siempre que

no afecte a una cuestión que requiera solución inmediata (BGE 74 I 249; 75 I 226).

En último término ha deducido el Tribunal federal del artículo 4 de la Constitución federal una *prohibición general de toda arbitrariedad* que abarca todo el ámbito de la legislación y de la aplicación del derecho. Todo acto emanado de la soberanía cantonal, lo mismo tratándose de una ley, un decreto o una orden, que la sentencia de un tribunal o un acto administrativo, podrán ser impugnados eficazmente mediante un recurso de derecho público, siempre que el acto recurrido sea arbitrario. Como ya se ha indicado anteriormente, una tercera parte, aproximadamente, de todos los recursos de derecho público son recursos por arbitrariedad, es decir, que tienen por objeto la revocación de un acto de soberanía cantonal que es impugnado en concepto de arbitrario. Una sentencia dictada por un tribunal o una resolución administrativa son arbitrarias cuando concurra en las mismas “una inexactitud manifiesta”, “una violación burdamente efectuada de preceptos jurídicos claros” (BGE 49 I 528). El Tribunal federal califica de arbitraria una disposición legislativa “cuando no sea susceptible de fundarse en motivos serios, cuando sea carente de sentido y de objeto o cuando proceda a distinciones jurídicas cuya base razonable no sea visible en las circunstancias de hecho determinantes” (BGE 91 I 84). Muy recientemente se ha dado el caso de un precepto legal que ha sido impugnado por arbitrariedad; se trataba del art. 3, párr. 2, de la ley sobre vacaciones del Cantón de Soleure de 25 de octubre de 1964. La disposición impugnada especificaba que “los días de fiestas generales que caigan dentro de las vacaciones no se considerarán como días de vacaciones”. Los promotores del recurso alegaron que “las vacaciones están destinadas al descanso, siendo así que los días feriados extraordinarios tenían objeto estimular los sentimientos religiosos o patrióticos. Nada se opone, por consiguiente, a que se conmemore solemnemente, incluso durante las vacaciones, un día de fiesta particular. Na existen razones efectivas y serias que permitan justificar la disposición impugnada”. El Tribunal no admitió semejantes argumentos y desestimó el recurso (BGE 91 I 241).

Para justificar la prohibición de la arbitrariedad en el ámbito de aplicación del derecho, el Tribunal federal ha sentado principios, tales como los que a continuación se enuncian:

Dos casos que se presentan idénticos por lo que respecta a los hechos no pueden ser objeto de un trato distinto, puesto que dos decisiones que se contradicen mutuamente no pueden ambas estar ajustadas a derecho; no obstante, sólo existe violación del artículo 4 de la Constitución federal en el caso de que ambas decisiones divergentes procedan de la misma autoridad (BGE 91 I 169). Una modificación de la jurisprudencia del tribunal no



contraviene a la prohibición de desigualdad en el trato, si aparece fundada en razones efectivas, si se presenta como el resultado de un examen serio, profundizado y nuevamente efectuado de la cuestión (BGE 48 I 261; 51 I 103). Una decisión es arbitraria, cuando manifiestamente aparezca fundada en consideraciones distintas de las que sirven de base al precepto aplicable (BGE 67 I 12). En último término, existe una arbitrariedad en toda vulneración del principio "nulla poena sine lege". Con ello, aparece incluido dicho principio en el artículo 4 de la Constitución federal y adquiere de esa forma una base constitucional (BGE 45 I 445; 52 I 42; 57 I 273 y 58 I 33).

### c. La libertad de prensa y opinión

En una sentencia que data de 1900 (BGE 26 I 42), ha declarado el Tribunal federal que la garantía de la libertad de prensa no comprendía meramente "una limitación para la legislación cantonal en el sentido de que, de esa forma, quedaban prohibidas la censura y otras medidas del mismo género dirigidas contra la prensa; aparte de ello, confiere al particular un derecho individual, positivo y concreto, que por su contenido es una institución de derecho público: la facultad de expresar libremente su opinión por escrito, especialmente a través de la prensa".

No obstante, según lo ha declarado el Tribunal federal por vez primera en una sentencia dictada en 1911, sólo están garantizadas por la libertad de prensa las publicaciones efectuadas a través de la prensa en cumplimiento de las obligaciones que incumben a la prensa en un Estado democrático (BGE 37 I 368 y sigs.). Forman parte de dichas obligaciones específicas: la discusión de todos los problemas políticos, la labor crítica con respecto al Estado y sus servidores, la crítica de la legislación, de la administración y de la jurisprudencia, el examen crítico acerca del desenvolvimiento de la vida económica, como asimismo la crítica en el terreno de las ciencias y las artes que comprende la crítica teatral, musical y cinematográfica. Cuando la prensa se dedica a esas tareas, tiende, conforme a los términos que emplea la sentencia, a la realización de una finalidad elevada, en cierto modo ideal, y en consecuencia, tiene derecho a la protección que dimana de la libertad de prensa garantizada por la Constitución. No se hallan bajo la protección de la referida libertad de prensa las publicaciones de finalidad industrial.

La libertad de prensa es por principio incompatible con las medidas policiales de la Administración, tales como la censura previa, la incautación de impresos (en tanto que no esté sometida a inspección y vigilancia judicial), la prohibición de periódicos y revistas, como asimismo la prestación de fianza que pudiese exi-

girse para obtener la autorización de publicar un periódico. Las intervenciones por parte de la policía son únicamente admisibles, como en el caso de otros derechos constitucionales, en tanto que se hallen cubiertas por la reserva del mantenimiento del orden público (cláusula sobre protección a la sociedad y al Estado), es decir, cuando estén destinadas a evitar peligros que de un modo inmediato y evidente constituyan una amenaza para el ejercicio legal del poder público o, públicamente, para los bienes jurídicos de las personas, tales como su vida, su salud, su hacienda o también para su honor.

Hasta la fecha, el Tribunal federal no ha tenido que intervenir más que una sola vez en un asunto de prohibición de periódico. De la sentencia en cuestión, dictada el 23 de febrero de 1934, en recurso interpuesto por la Cooperativa "Presseunion des Kämpfers" contra el Consejo de Gobierno del Cantón de Zurich, resulta ser criterio del Tribunal que una medida tan radical como es la prohibición de un periódico sólo puede tolerarse en casos extremos. El Consejo de Gobierno del Cantón de Zurich prohibió, con fecha de 15 de agosto de 1933, la redacción, la impresión y la difusión del diario comunista "Kämpfer" ("Batallador") en el Cantón de Zurich por un término de dos semanas. El primero de julio de 1933, los trabajadores de instalaciones sanitarias y los electricistas se habían declarado en huelga. Dicha huelga presentó una forma extremadamente violenta. Por doquier, había piquetes de huelga que vigilaban los edificios en construcción y prohibían a la fuerza el acceso a los lugares de trabajo a quienes estuvieren dispuestos a trabajar. Desde el primero de julio hasta el 12 de agosto, la policía municipal llegó a intervenir 313 veces. Presentó en la Fiscalía del Distrito de Zurich 156 atestados formados con motivo de lesiones corporales, allanamiento de morada, coacción, daños causados voluntariamente a la propiedad, vejaciones y desobediencia. A esto hay que añadir otros 52 atestados referentes a 85 personas puestas a disposición del tribunal de policía de la ciudad de Zurich por infracciones a los reglamentos de policía. El Consejo de Gobierno de Zurich y, ulteriormente, el Tribunal federal, consideraron como causa esencial de los desmanes mencionados los discursos escandalosamente subversivos que el "Kämpfer" había publicado sucesivamente en cada número, por espacio de seis semanas, desde el comienzo de la huelga. Con fecha 11 de agosto de 1933, el fiscal general requirió, en escrito dirigido al Consejo de Gobierno la prohibición gubernativa del "Kämpfer", habida cuenta que las disposiciones de derecho penal y el recurso a la jurisdicción penal no podrían ya impedir o contener eficazmente la perturbación del orden y de la seguridad pública que se manifestaba por razón de los delitos y contravenciones que con tal motivo se habían cometido. Ulteriormente, el Tribunal federal insistió

sobre este argumento para justificar la prohibición del "Kämpfer" durante 14 días. A pesar de que el orden público había sido manifiestamente perturbado por la campaña de prensa del "Kämpfer", el Tribunal federal dió a entender en sus considerandos, que una prohibición de ocho días en lugar de la de catorce días hubiera sido suficiente.

Hasta el 1° de enero de 1942 – fecha de entrada en vigor del Código penal suizo – los cantones eran competentes para dictar disposiciones penales contra los abusos de la libertad de prensa por el hecho de que la legislación penal ordinaria estaba incluida en su esfera de competencia. Hasta esa fecha cada cantón poseía en su propio Código penal que limitaba la libertad de prensa en el sentido que existían actos punibles susceptibles de cometerse por medio de la prensa – por ejemplo, los que iban en menoscabo del honor personal. Bajo el régimen de los códigos penales cantonales, el problema que se le planteaba al Tribunal federal consistía en saber como se podía conciliar mediante una regulación adecuada la libertad de prensa con los delitos de prensa dimanados de la aplicación de las normas de derecho penal vigentes en los distintos cantones. Con la famosa sentencia dictada en autos Kälin y Jäggi vs. Bourcard y coadyuvantes (BGE 37 I 368 y sigs.) el Tribunal federal inauguró el año 1911 una nueva jurisprudencia en virtud de la cual era necesario fundarse sobre las obligaciones específicas de la prensa para contestar adecuadamente a la pregunta formulada al efecto de saber si una publicación efectuada a través de la prensa goza de la protección inherente a la libertad de prensa. Acusaciones que fueren formuladas en la prensa dentro de los límites impuestos por las referidas obligaciones específicas resultaban amparadas por la libertad de prensa, siempre que fuera posible aportar la prueba de la veracidad de las mismas o que, al menos, estuvieren basadas en antecedentes que su autor pudiera considerar de buena fe como verídicas después de un examen profundizado. Cuando concurrían las condiciones enunciadas, no procedía imponer pena alguna por razón de una publicación efectuada por vía de la prensa que, con arreglo al derecho cantonal aplicable, implicaba un menoscabo para el honor de una persona. En tal concepto, como indicó el propio Tribunal federal, el artículo 55 de la Constitución federal llegaba hasta conceder a la prensa cierta libertad para menoscabar el honor personal. En otros términos, resultaba que esa jurisprudencia del Tribunal federal hacía de la libertad de prensa una causa justificativa que excluía la ilicitud de la publicación susceptible de ser considerada lesiva para el honor personal.

La introducción del Código penal suizo determinó un cambio radical de la situación jurídica. Al dictar su sentencia de 3 de marzo de 1944 en la causa Pfändler, la Corte de Casación del Tribunal

federal inauguró una jurisprudencia que, con arreglo al nuevo derecho penal suizo, no admitía ya que se hiciese valer la libertad de prensa como causa justificativa con respecto a la apreciación de actos lesivos al honor realizados por medio de la prensa. Empero, esta nueva jurisprudencia, limitada al ámbito propio del derecho penal e impugnada por la doctrina jurídica y por la prensa, determinó con todo eso, al poco tiempo una revisión del texto legal en cuestión, merced a la cual la causa justificativa derivada de la libertad de prensa quedó incorporada al art. 173 modificado del Código penal suizo. El párrafo 2 del art. 173 que, conforme a su texto originario, sólo admitía que el carácter ilícito de una publicación considerada lesiva para el honor de una persona pudiera quedar desvirtuado mediante la prueba de la exactitud de las alegaciones imputadas, quedó redactado en la forma siguiente:

*El inculpadó no incurrirá en penalidad alguna si probare que las alegaciones que ha expuesto o propalado son conformes a la verdad o que tenía motivos serios para considerarlas de buena fe como verídicas.*

En el ámbito del derecho civil, el art. 28 del Código Civil suizo y los arts. 14 y 49 del Código de Obligaciones, que protegen los intereses personales, es decir, que otorgan diversas acciones al sujeto de derecho lesionado en sus intereses personales, imponen ciertos límites a la libertad de prensa. La prensa no debe menoscabar los intereses personales de los sujetos de derecho. Con arreglo a la jurisprudencia de las secciones de derecho civil del Tribunal federal, los arts. 28 del Código Civil y 49 del Código de Obligaciones son perfectamente compatibles con la libertad de prensa y permiten la realización de la idea que constituye el contenido de la libertad de prensa, es decir, que las precitadas disposiciones pueden y deben ser interpretadas en el sentido de que no van en menoscabo de la libertad de prensa, tal como ésta aparece concretada en la jurisprudencia de la Sala de Derecho Público del Tribunal federal. Al examinar la cuestión de saber si existe una vulneración grave de los intereses personales, interesa averiguar si el ofensor ha actuado en cumplimiento de alguna de las obligaciones específicas de la prensa. En caso afirmativo, dispone de un medio para justificarse en la medida en que satisfaga a las condiciones impuestas por la Sala de Derecho Público, es decir, en la medida en que haya efectuado la afirmación ofensiva de buena fe y después de haber examinado a fondo su contenido.

El Tribunal federal no ha dado su adhesión a una de las opiniones representada en la doctrina jurídica suiza conforme a la cual la libertad de prensa garantiza la libertad de expresión de opiniones en su sentido más lato; ha adoptado, por el contrario, el punto de

vista según el cual la Constitución federal no contiene una garantía de la libertad general de expresión de opiniones (BGE 55 I 226). La Constitución federal no contiene tampoco una garantía de la libertad de reunión. En cuanto a saber si esta última se halla comprendida dentro de la libertad de asociación, es éste un problema que el Tribunal federal ha dejado sin resolver hasta la fecha. Mientras tanto, numerosas constituciones cantonales amparan la libertad general de expresión de opiniones, lo mismo que la libertad de reunión.

En el ámbito de la libertad de expresión de opiniones, determinadas conferencias, ciertos cursos de formación política y otras manifestaciones parecidas han sido objeto de prohibición, principalmente por gobiernos cantonales. (Las prohibiciones de esa índole se caracterizan al propio tiempo como actos que redundan en menoscabo de la libertad de reunión que evidentemente viene a garantizar en primer término la libre expresión de opiniones en forma de reunión). La delimitación entre intervenciones conformes a la Constitución e intervenciones contrarias a la misma aparece con especial claridad, si se comparan las dos sentencias dictadas por el Tribunal federal en sendos recursos presentados por el entonces secretario del partido comunista, Jules Hubert-Droz.

Por resolución de 13 de noviembre de 1931, el Consejo de Estado del Cantón de Neuchâtel había prohibido todas las reuniones públicas convocadas por el Sr. Humbert-Droz en el territorio de dicho cantón o en las que hubiera de hacer uso de la palabra, fundándose en que, en dos conferencias dadas poco antes por el precitado Humbert-Droz, éste había incitado a pasar a la acción revolucionaria, invocando que los métodos aplicados en la URSS podían también servir de ejemplo al proletariado suizo. Según una información de la policía, Humbert-Droz había declarado que ya no estaba muy lejano el día en que se vería al obrero de fábrica portador de fusil y bayoneta. A su modo de ver, la revolución no podía hacerse sin derramamiento de sangre y los socialistas eran unos "blandos", porque cejaban por temor al derramamiento de sangre. El Tribunal federal declaró haber lugar al recurso de derecho público presentado por el Sr. Humbert-Droz contra la resolución dictada en Neuchâtel por la que se prohibía la reunión, que en consecuencia quedaba revocada. Los considerandos del fallo contienen, entre otros, los razonamientos siguientes (BGE 58 I 93):

Es, sin duda alguna, contrario a los principios jurídicos vigentes modificar la organización existente del Estado de otro modo que por las vías constitucionales. Pero es tanto o más indudable que, conforme a los principios que rigen el derecho suizo actual, la propaganda de cualquier doctrina, por medio de la prensa o de palabra, es lícita, mientras no degenera en actos contrarios a las leyes... No cabe, por consiguiente, oponerse a la propaganda comunista, si ésta permanece dentro de los

límites de la exposición doctrinal y se esfuerza en adquirir nuevos adeptos sin incitarles directamente a entregarse a actos de violencia inmediatos. Es bien comprensible la indignación de los oyentes no comunistas al percibir la doctrina y los propósitos del recurrente, empero (a reserva de lo estatuido en los arts. 56 de la Constitución federal, 78 del Código Civil y 11 de la Constitución de Neuchâtel) los principios de libertad que rigen actualmente la democracia suiza obligan al ciudadano a tolerar, incluso la exposición de doctrinas contrarias al orden establecido.

Con fecha 9 de abril de 1935, el Consejo de Estado del Cantón de Vaud prohibió que se dieran "cursos de marxismo" en el territorio del cantón. Esta prohibición fue mantenida por el Tribunal federal. El objeto de tales cursos era preparar la revolución en el seno del ejército y, en particular, de enseñar la táctica a seguir con tal propósito (constitución de células, provocación de descontento y creación entre la tropa de un estado de ánimo adversos a la disciplina militar, desorganización). Por lo que respecta a los hechos, el Tribunal comprobó (BGE 61 I 267) los siguientes:

Se está en presencia de un trabajo de zapa y de disgregación interna del ejército. La disciplina, base de la organización militar ha de ser arruinada. En el momento crítico, cuando el ejército fuere llamado a restablecer el orden en el interior o a proteger el país contra el extranjero, se negará a ello y se hará el instrumento de la revolución. Es la táctica del disimulo y de la traición. Bajo el disfraz del soldado disciplinado, celoso, fiel, se esconde el enemigo, el saboteador, el traidor.

En el aspecto jurídico, el Tribunal federal formuló, entre otras consideraciones, las siguientes:

El orden militar forma parte del orden público nacional. Salta a la vista que la incitación a arruinar la disciplina presenta un riesgo inminente para esta institución esencial del Estado y, en consecuencia, para el propio Estado.

La táctica de descomposición del ejército enseñada en los cursos de Humbert-Droz, autorizaba, por consiguiente, al Consejo de Estado a intervenir en virtud del artículo 8 de la Constitución cantonal, con arreglo al cual la autoridad puede prohibir las reuniones cuya finalidad y cuyos medios sean contrarios al orden público... Para juzgar acerca de la fundamentación legal de la prohibición, lo que interesa es comprobar que no se trata de una mera exposición doctrinal del partido comunista, sino de provocación a una actitud ilícita inmediata de los soldados comunistas alistados en el ejército...

#### **d. Libertad de asociación**

El artículo 56 de la Constitución federal garantiza el derecho de constituir asociaciones, siempre que no haya nada ilícito ni pe-

ligoso para el Estado en la finalidad de tales asociaciones o en los medios que empleen para alcanzarla. Las asociaciones ilícitas y aquellas que impliquen un peligro para el Estado pueden, por consiguiente, ser prohibidas sin vulnerar la constitución. Al enunciar el criterio de ilicitud, la Constitución federal remite al derecho usual, es decir, que somete la cuestión al orden jurídico federal y cantonal vigente en un momento determinado a reserva, empero, de que se compruebe en todo caso si una norma jurídica no contraviene a algún otro precepto constitucional. Una asociación, cuyos estatutos o cuya actividad contravinieren a una norma jurídica anticonstitucional contenida en la legislación cantonal no sería ilícita en la acepción del art. 56 de la Constitución federal. A diferencia de lo que acaece con otros derechos constitucionales puede, por consiguiente, decirse que la libertad de asociación sólo se halla garantizada en la medida de la ley.

Durante la década que comenzó en 1930, el Tribunal federal fue llamado a ocuparse de la cuestión concerniente a la licitud de las prohibiciones de partidos políticos. En esa época, los cantones de Ginebra, Neuchâtel y Vaud prohibieron por vía de la legislación ordinaria, es decir, mediante leyes aceptadas por el pueblo, las organizaciones comunistas y subversivas existentes en su territorio. Por sentencia de 3 de diciembre de 1937, el Tribunal federal reconoció la "ley que prohíbe las organizaciones comunistas o subversivas" del Cantón de Neuchâtel de 23 de febrero de 1937 y, con tal motivo, se pronunció acerca de las condiciones requeridas y que han de servir de criterio para que se pueda admitir que las precitadas organizaciones implican un peligro para el Estado. Ha considerado demostrado el peligro que el partido comunista implica para el Estado por dos razones. En primer término, ha recordado la táctica y la técnica organizadora aplicada por el partido comunista en el ejército, que ya habían sido comprobadas anteriormente:

Para el partido comunista, la desorganización de las instituciones destinadas a mantener la seguridad interior, con miras al derrocamiento del orden legal por la revolución, no constituye únicamente un medio y un objetivo lejanos y puramente ideológicos.

A continuación, el Tribunal federal ha hecho resaltar sobre todo la total dependencia del partido comunista de los órganos de la Internacional comunista y, en particular, del comité ejecutivo de la misma, en el cual no figura ningún miembro del partido suizo desde el año 1935:

La carencia casi total de independencia del Partido comunista suizo da lugar a que éste sea particularmente peligroso para el Estado. Ese peligro resulta todavía acrecentado por razón de las relaciones estrechas, aunque

no completamente dilucidadas, entre la Internacional y una potencia extranjera. . . Intereses extranjeros amenazan comprometer la seguridad exterior y la neutralidad de Suiza. Existe un peligro de esa índole desde el momento en que un partido organizado en Suiza está sometido a un partido extranjero o a un Estado extranjero por razón del deber de obediencia que le sujeta al mismo.

El Tribunal federal ha insistido, no obstante, en el hecho que el carácter peligroso para el Estado de una asociación debería ser efectivo para justificar la prohibición de la misma; ha hecho resaltar fundadamente que la efectividad del peligro pueden variar por razón de lugar, de momento y de moral pública:

“En los períodos y en las localidades donde la crisis económica sea más álgida, donde el desempleo se haga sentir particularmente y donde una parte de la población encuentre dificultades para atender a su manutención, la propaganda revolucionaria encuentra más fácilmente adeptos dispuestos a encarar el derrocamiento del orden por la violencia. Tales coyunturas requieren, por parte del Estado, mayor vigilancia. Las autoridades cantonales son las llamadas a enjuiciar. El Tribunal federal no tiene porqué pronunciarse.”

#### **e. Derechos populares (derechos políticos de los ciudadanos)**

Como ya se ha indicado anteriormente (véase bajo el epígrafe III b), la protección dispensada por el Juez constitucional comprende también el ejercicio de los derechos populares que tanta importancia revisten en una democracia directa (Art. 85, letra a de la Ley de Organización Judicial). No es éste el lugar indicado para ilustrar por vía de ejemplos la jurisprudencia dictada en los recursos habituales promovidos en materia de derecho de voto y de votaciones. Harto mayor interés ofrecen las sentencias que versan sobre la naturaleza y el ejercicio de la iniciativa legislativa, por ejemplo, toda vez, que el derecho así designado del pueblo a presentar proposiciones de leyes viene a ser una institución particularmente característica de la democracia directa en los cantones suizos.

En una sentencia de 31 de marzo de 1965 (BGE 91 I 189), el Tribunal federal se ocupó de la cuestión concerniente a las atribuciones del Gran Consejo (parlamento) de un cantón para oponerse a la iniciativa legislativa de ciudadanos con derecho de voto mediante la presentación de su propio contraproyecto, siendo así que la constitución del cantón respectivo no le reconoce ese derecho.

Con arreglo al artículo 9 de la constitución del Cantón de Berna, 12.000 ciudadanos con derecho de voto están facultados para presentar una petición al efecto de que se dicte, se derogue o se modifique una ley, como asimismo para que se derogue o



modifique un decreto ejecutivo del Gran Consejo. El 24 de mayo de 1964 fue presentada en la Cancillería del Cantón de Berna una petición de iniciativa popular avalada por 19.021 firmas proponiendo que el párrafo 1 del artículo 8 de la ley sobre subsidios por hijo quedare redactado para lo sucesivo en la siguiente forma:

El subsidio por hijo ascenderá como mínimo a 30 francos mensuales por cada hijo que no haya cumplido todavía los 16 años. El límite de edad se elevará a 20 años para los hijos que se hayan visto seriamente dificultados en su capacidad de ganancia por razón de enfermedad o de tullimiento. Será prolongada hasta los 25 años para los hijos que efectúen un aprendizaje profesional o que cursen estudios. Por el tiempo que duren el aprendizaje o los estudios, el subsidio ascenderá a 50 francos mensuales.

El Gran Consejo decidió de oponer a la iniciativa popular el siguiente contraproyecto:

El subsidio por hijo ascenderá, como mínimo a 25 francos por cada hijo que no haya cumplido los 16 años. El límite de edad se elevará hasta los 20 años, siempre y por el tiempo que el hijo prosiga su formación o que se vea seriamente dificultado en su capacidad de ganancia por razón de enfermedad o de un tullimiento.

Dos de entre los firmantes de la iniciativa popular instaron por vía del correspondiente recurso de derecho público, que el contraproyecto del Gran Consejo no fuese sometido a votación. Para fundamentar su petición, hicieron valer, ante todo, el argumento siguiente: Si, al propio tiempo que la instancia de modificación de la ley presentada por los promotores de la iniciativa, se sometiere a los electores el contraproyecto, esto tendrá por consecuencia una diseminación de los votos. Las probabilidades de que la iniciativa popular sea aceptada quedarían reducidas, lo que, a juicio de los recurrentes, implicaría una vulneración del derecho de iniciativa. El Tribunal federal desestimó el recurso. En sus considerandos hizo un examen detenido sobre la naturaleza de la iniciativa en materia legislativa y acerca del lugar que ésta ocupa dentro del sistema de la legislación popular, exponiendo el problema en los siguientes términos:

Con arreglo al art. 2 de la constitución cantonal, la autoridad del Estado reside en el conjunto del pueblo; es ejercida directamente por los ciudadanos que gozan del derecho de voto e indirectamente por las autoridades y por los funcionarios. Según los títulos II y III de la constitución cantonal, los ciudadanos que gozan del derecho de voto ejercen su derecho de legislar en colaboración con el Gran Consejo; en el procedimiento legislativo aparecen, por consiguiente, reunidos los elementos constitutivos de una democracia directa e indirecta. Siendo así que la

puesta en marcha del procedimiento legislativo (la proposición de emprender una labor legislativa, el acuerdo de realizarla y la redacción del proyecto) es, por regla general, de la incumbencia del Gran Consejo, la aprobación consiguiente del proyecto de ley depende siempre de los electores en virtud del referendum obligatorio en materia legislativa. La iniciativa permite a los electores de participar en la puesta en marcha del procedimiento legislativo . . . . 12.000 ciudadanos gozan del derecho de poder presentar una petición de iniciativa. Los promotores de la iniciativa no son el conjunto de los ciudadanos con derecho a voto, sino únicamente, una parte de los mismos, en determinados casos, incluso una pequeña minoría. Si la puesta en marcha del procedimiento legislativo no se ha de dejar en manos de una parte de los electores y, por el contrario, ha de seguir siendo asunto de toda la colectividad, como lo exige el artículo 2 de la constitución, el Gran Consejo deberá participar en la misma en calidad de representante de la colectividad. Esto implica para el mismo el derecho de establecer sus propios proyectos de ley.

Es exacto que la presentación de un contraproyecto por el gran Consejo disminuye las probabilidades de que una iniciativa popular sea aceptada en la votación. Empero, esto sencillamente no es más que la consecuencia de una mayor libertad de decisión conferida a los electores que les permite manifestar su voluntad en la votación de un modo más diferenciado. Si el texto de la iniciativa es el sólo que se somete a votación, los electores sólo pueden escoger entre la aceptación o la denegación de la misma. Merced al contraproyecto, el Gran Consejo ofrece a los electores una tercera solución. Si hubiera que excluirla al sólo fin de mantener las probabilidades de la iniciativa, ello implicaría un estrechamiento de la aplicación del referendum, lo que no va en el sentido de la iniciativa. . . . A esto viene a añadirse otro aspecto del asunto: como lo prueba la experiencia, las aclaraciones facilitadas sobre el asunto y las discusiones habidas en el Gran Consejo han dado por resultado en muchos casos que el contraproyecto parlamentario tuviera más en cuenta las aspiraciones de los promotores de la iniciativa popular que el propio texto de esta última. No es raro el caso de que se retire una iniciativa en favor del contraproyecto del Gran Consejo. De esa forma, el contraproyecto contribuye a realizar uno de los cometidos asignados a la iniciativa popular con miras a un desenvolvimiento del derecho adaptado a la época actual.

Una de las sentencias más interesantes de los últimos años se refiere al derecho de iniciativa y, al propio tiempo, a la *garantía de la propiedad*; se trata de la sentencia dictada en el recurso Dafflon vs. el Gran Consejo del Cantón de Ginebra con fecha de 14 de noviembre de 1962 (BGE 88 I 248).

En 1961 llegó a presentarse en el Cantón de Ginebra una iniciativa legislativa patrocinada por el partido comunista local que tenía por objeto fomentar la construcción de viviendas de alquiler a precios moderados. Según el texto presentado por los promotores de la iniciativa, el Estado (es decir, el Cantón) podía adquirir, mediante el ejercicio de un derecho de retracto legal o por vía de

expropiación, terrenos que fueren incluidos en la zona de construcción con motivo de la modificación del plan de zonas urbanas. El terreno adquirido de esa forma debería servir al Estado o a los municipios para construir en el mismo viviendas de alquiler a precios moderados. Sería admisible ceder también porciones de dicho terreno a esos mismos fines de construcción a cooperativas de habitación o a fundaciones de derecho público. El Gran Consejo del Cantón de Ginebra acordó no entrar en materia acerca de la iniciativa, es decir, no someterla al cuerpo electoral porque la consideró contraria a la Constitución. En apoyo de su acuerdo, se refirió a los dictámenes de varios profesores de derecho público conocidos que estimaban, que el texto propuesto por los autores de la iniciativa vulneraba, tanto la garantía de la propiedad como el principio de la fuerza obligatoria del derecho federal y, en último término, que era incompatible con la autonomía municipal.

El Tribunal federal declaró haber lugar al recurso de derecho público interpuesto contra la negativa del Gran Consejo de entrar en materia sobre la iniciativa. Reconoció el derecho del Gran Consejo de no entrar en materia cuando se trata de una iniciativa legislativa anticonstitucional, pero negó que la iniciativa en cuestión fuese contraria a la Constitución. Entendió, en particular, que no vulneraba la garantía de la propiedad, toda vez que existe un interés público en que se construyan viviendas de alquiler a precios moderados. En comparación con su anterior jurisprudencia, el Tribunal federal ha ampliado indudablemente en esta sentencia el concepto del interés público. Merecen retener la atención los considerandos siguientes:

Si la jurisprudencia ha ido ampliando paulatinamente la noción del interés público para adaptarlo a la nueva naturaleza de las obligaciones atribuidas al Estado, ha exigido, no obstante, al menos implícitamente, que el interés público estuviera directamente en cuestión y que, por sí sólo fuera suficiente para justificar la intervención efectuada en menoscabo del derecho de propiedad. Así resulta que, en numerosas sentencias, el Tribunal federal se ha cerciorado que la empresa en vista de la cual se solicitaba la expropiación estaba justificada en su totalidad por el interés público. Nunca ha exigido, empero, que dichas empresas estuviesen destinadas para servir de un modo exclusivo el interés público. Por el contrario, ha declarado con harta frecuencia ajustadas a la Constitución expropiaciones que favorecían al propio tiempo intereses privados, siempre que no existiera desproporción evidente entre el interés privado realmente perseguido y el interés público alegado.

En el plano del interés público, se distingue la iniciativa litigiosa desde un doble punto de vista de los casos habitualmente sometidos al Tribunal federal.

Si, por pronto, se caracteriza como una escueta medida policial en tanto que tiende a facilitar vivienda a personas que en otro caso se encontrarían en la calle, constituye además una medida general de política

social y económica. Tiene, por ello, mayor alcance que los actos emanados del Estado que, con arreglo a la jurisprudencia establecida hasta la fecha, eran considerados como de interés público. Que afecta al interés público, es cosa que está fuera de duda. Ya en sentencia de 19 de septiembre de 1962, dictada en el recurso interpuesto por la Cámara Inmobiliaria Ginebrina y coadyuvantes contra el Consejo de Estado del Cantón de Ginebra, el Tribunal federal estatuyó que el problema de la vivienda es un problema de interés público. La colectividad entera está interesada en el mismo, particularmente, si se trata de construcción de viviendas de alquiler a precio moderado. En efecto, la construcción de tales viviendas contribuye marcadamente al mantenimiento de la paz social y a la lucha contra el aumento del costo de la vida.

Con todo esto – y éste es el segundo punto en que la iniciativa litigiosa se distingue de los casos habitualmente examinados por la jurisprudencia – el interés público en cuestión se encuentra afectado de un modo sobre todo indirecto. Las prestaciones efectuadas por el Estado con miras a la construcción de viviendas de alquiler a precios moderados beneficiarán en primer lugar a los intereses privados de las personas admitidas a habitar estas viviendas. No obstante, el interés público que está en juego es suficientemente importante para que, a pesar de esa situación, pueda ser considerado como justificativo de una expropiación.

En virtud de la resolución favorable del recurso, el texto de la ley propuesto por los promotores de la iniciativa fue sometido a votación, al propio tiempo, por cierto, que un contraproyecto del Gran Consejo del Cantón de Ginebra. Los electores rechazaron, tanto el texto que era objeto de la iniciativa, como el contraproyecto parlamentario.

\* \* \*

El mundo jurídico suizo ve en el recurso de derecho público el instrumento más valioso que el orden jurídico helvético conoce para la salvaguardia del Estado de derecho. Los juristas velan, por lo tanto, con todo celo, por que dicho instrumento conserve su eficacia. El Congreso de Juristas Suizos de 1962 ha insistido expresamente sobre ese punto. En 1960 y 1961, una tercera parte, aproximadamente, de los recursos presentados fueron liquidados en virtud de resolución de no entrar en materia. Esto no dejó de causar cierta inquietud y el Comité de la Asociación Suiza de Juristas situó el problema de los recursos de derecho público en el centro de los debates del Congreso de Juristas Suizos de 1962. Este diagnosticó un cierto formalismo en materia de procedimiento que había llegado a introducirse por la jurisprudencia, hizo constar su protesta contra determinadas consecuencias de esa circunstancia e insistió sobre la necesidad creciente de una eficaz protección jurídica en el ámbito de los conflictos en materia de derechos consti-

tucionales. La crítica de que fue objeto la jurisprudencia del Tribunal federal no negó, empero, que el recurso de derecho público sigue siendo – según la propia expresión del eminente especialista del derecho público, el Profesor Giacometti, una “institución brillante, original y única en su género de la democracia liberal federalista.”

**REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA  
BASADA EN EL IMPERIO DEL DERECHO**

**DECISIONES JUDICIALES DE DIVERSOS PAISES**

*Compiladas y anotadas por*

LUCIAN G. WEBRAMANTRY \*

---

\* Bachiller en Artes (Londres); abogado en ejercicio en Ceilán; individuo de la corporación de Gray's Inn; oficial letrado mayor, especialista en cuestiones asiáticas de la Comisión Internacional de Juristas.

## INDICE

Página

**ENCUESTAS Y ORDENES ADMINISTRATIVAS****El funcionario instructor de un expediente tiene que ajustarse a los principios básicos de la administración de justicia**

*Mohammad Mohsin Siddiqui v. Government of West Pakistan*  
*(Corte Suprema del Pakistán)* . . . . . 153

*Vasudevan Pillai and Another v. City Council of Singapore*  
*(Tribunal Federal de Malasia)* . . . . . 154

**Alcance de las atribuciones ministeriales de apreciación discrecional**

*Paolo Violo v. The Superintendent of Immigration and the Minister of Citizenship and Immigration*  
*(Corte Suprema del Canada)* . . . . . 156

**Necesidad de motivar una decisión administrativa**

*Asunto Saiko Saibansho Minji Hanrei-shu*  
*(Corte Suprema del Japón)* . . . . . 157

**NACIONALIDAD****Privación de la nacionalidad**

*Lim Lian Geok v. Minister of the Interior*  
*(Comité Judicial del Consejo Privado, como instancia superior al Tribunal de Apelación de Malaya)* . . . 158

**El derecho a reclamar el reconocimiento de la nacionalidad**

*Lim v. De la Rosa*  
*(Corte Suprema de las Filipinas)* . . . . . 159

**DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES****Igualdad de oportunidades**

*Marfaing v. Ministro de Hacienda*  
*(Consejo de Estado francés)* . . . . . 160

**Igualdad entre personas de sexo distinto**

*Bombay Labour Union v. Franchises (Private) Ltd.*  
(Corte Suprema de la India) . . . . . 161

**Libertad de asociación**

*Abdul A'la Maududi v. Government of West Pakistan*  
(Corte Suprema del Pakistán) . . . . . 163

**Libertad de expresión**

*The Queen v. the Associated Press of Nigeria Ltd.*  
(Corte Suprema de la Federación de Nigeria) . . . 164

*Dr. Chike Obi v. the Director of Public Prosecutions*  
(Corte Suprema de la Federación de Nigeria) . . . 165

**Libertad de circulación**

*Ministro del Interior v. Mme Vicini*  
(Consejo de Estado francés) . . . . . 168

*Williams v. Majedodunmi*  
(Corte Suprema de la Federación de Nigeria) . . . 169

**Protección de los derechos fundamentales en estado de urgencia**

*Beckles v. Dellamore*  
(Tribunal de Apelación de Trinidad y Tabago) . . 170

*Sadanandan v. The State of Kerala*  
(Corte Suprema de la India) . . . . . 171

*State of Bihar v. Rambalak Singh*  
(Corte Suprema de la India) . . . . . 173

*State of Maharashtra v. Sangzivi*  
(Corte Suprema de la India) . . . . . 175

**Derechos de un empleado**

*Salem Erode Electricity Distribution Co. v. the Workmen*  
(Corte Suprema de la India) . . . . . 176



**El derecho a la vida y a la seguridad de la persona**

*Decisión adoptada el 30 de junio de 1965 por la Sala  
Primera del Tribunal Constitucional de la República  
Federal de Alemania . . . . .* 177

**El derecho a escoger empleo**

*Asunto Kei-Shu  
(Corte Suprema de los Estados Unidos) . . . . .* 179

**El derecho de sufragio**

*Harman v. Forssenius  
(Corte Suprema de los Estados Unidos) . . . . .* 179

**EL PODER JUDICIAL Y LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA****La independendencia del poder judicial**

*The Attorney-General of Ceylon v. Liyanage and ten  
others  
(Comité Judicial del Consejo Privado, como instancia  
superior a la Corte Suprema de Ceilán) . . . . .* 181

**DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO****Distinción entre los ultrajes a la nación y la censura al régimen**

*El ministerio público v. José R. M.  
(Tribunal Supremo de España) . . . . .* 184

**SUMARIO Y JUICIO ORAL****El derecho a comparecer personalmente**

*Williams v. Majedodunmi  
(Corte Suprema de la Federación de Nigeria) . . . . .* 185

**El derecho a un defensor: los testimonios de cargo hechos en su ausencia**

*People v. Friedlander  
(Tribunal de Apelación de Nueva York) . . . . .* 186

**El derecho a ser juzgado según el procedimiento debido**

*Estes v. Texas  
(Corte Suprema de los Estados Unidos) . . . . .* 187

**Corte Suprema del Pakistán**

**EL FUNCIONARIO INSTRUCTOR DE UN EXPEDIENTE TIENE QUE AJUSTARSE A LOS PRINCIPIOS BASICOS DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**

**MOHAMMAD MOHSIN SIDDIQUI v. GOVERNMENT OF WEST PAKISTAN**

(P.L.D. 1964 S.C. 64)

*En el Artículo 177 de la Constitución del Pakistán (1962) se dispone que no se puede destituir, separar del servicio o degradar a un funcionario público si no se da a éste la posibilidad de oponerse apropiadamente a las medidas propuestas. Los expedientes disciplinarios se instruirán de conformidad con los principios básicos de la administración de justicia. Los tribunales superiores no permitirán, en ningún caso, que los funcionarios que han formulado los cargos actúen también en calidad de fiscales, jueces y autoridades penales.*

Ante los Sres. Cornelius (presidente) y Kaikaus y Hamoodur Rehman (magistrados).

El inciso b) del párrafo 1 del Artículo 177 de la Constitución del Pakistán (1962) está concebido en los términos siguientes:

De conformidad con la presente Constitución, toda persona que sea funcionario de un cuerpo al servicio de todo el Pakistán, de la administración central o de una administración provincial, o que desempeñe un cargo civil para el trámite de los asuntos de la administración central o de una administración provincial, no podrá ser destituida, separada del servicio o degradada, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del presente Artículo, si no ha tenido la posibilidad de oponerse apropiadamente a las medidas propuestas a su respecto.

En relación con el procedimiento seguido en un expediente disciplinario que se pretendía haber instruido de conformidad con lo dispuesto en el Artículo citado, el presidente de la Corte Suprema, Sr. Cornelius, hizo las observaciones siguientes: "Según el Reglamento, todos los trámites de un expediente disciplinario se han de ajustar a los principios básicos de la administración de justicia. Los tribunales superiores no permitirán, y mucho menos lo permitirán en el seno de la misma administración de justicia, que se designe como fiscales, jueces y autoridades penales a los funcionarios que hayan formulado los cargos, ni siquiera en el caso de que estos funcionarios tengan atribuida la facultad de destituir y de efectuar los nombramientos según el Reglamento (págs. 67 y 68)."

## Tribunal Federal de Malasia

**EL FUNCIONARIO INSTRUCTOR DE UN EXPEDIENTE  
TIENE QUE AJUSTARSE A LOS PRINCIPIOS BASICOS DE  
LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**

**VASUDEVAN PILLAI AND ANOTHER v. CITY COUNCIL  
OF SINGAPORE**

(Tribunal Federal de Apelación en lo Civil (Singapur), núm. 90 de 1963 y  
2 *Malayan Law Journal*, págs. 51 a 55)

*En un expediente disciplinario el funcionario instructor no se ha ajustado a los principios básicos de la administración de justicia. Los sancionados recurrieron ante una subcomisión administrativa competente para examinar el asunto, pero que no aplicó los principios básicos de la administración de justicia. La decisión así viciada no puede ser subsanada por el hecho de que dicho órgano cuasi judicial cumpliera con todos los principios básicos en el procedimiento.*

*Ante Thomson (lord presidente), Barakbah (presidente de la Corte Suprema de Malaya) y Wee Chong Jim (presidente de la Corte Suprema de Singapur).*

Juicio celebrado el 22 de febrero de 1965.

Los recurrentes, que eran empleados del Consejo Municipal de Singapur, habían sido despedidos de su empleo el 27 de mayo de 1957 después de la formación de un expediente bajo la dirección del ingeniero jefe adjunto del Departamento de Electricidad del Consejo. El expediente se había instruido de conformidad con un reglamento dictado por el Consejo. Sin embargo, el ingeniero jefe adjunto no aplicó lo dispuesto en el reglamento al efecto, ni se ajustó a los principios básicos de la administración de justicia en la formación del expediente. Los recurrentes ejercieron su derecho de apelación contra la orden de despido ante la Subcomisión de Personal, que investigó regularmente los recursos y los rechazó. Luego, los recurrentes presentaron una demanda para pedir que se declarase ilegal su despido de la administración del Consejo Municipal de Singapur.

El juez sentenciador, teniendo en cuenta los hechos, llegó a la conclusión de que el Consejo Municipal había obrado conforme a derecho al despedir a los recurrentes que se habían negado a obedecer órdenes legítimas. Llegó además a la conclusión de que el funcionario que había tramitado el expediente relativo a la conducta de los recurrentes no se había ajustado a los principios básicos de la administración de justicia, pero que este vicio había sido subsanado por el procedimiento seguido ante la Subcomisión de Personal.

Los recurrentes apelaron ante el Tribunal Federal contra el fallo del juez sentenciador. Los recurrentes habían decidido plantear el asunto para que el tribunal resolviera la cuestión de saber si tenían derecho a negarse a ejecutar

una labor que les había sido ordenada, y si esta negativa autorizaba a los demandados a proceder a su despido sumario de conformidad con lo estipulado en su contrato de empleo; estas cuestiones habían sido resueltas en perjuicio de los recurrentes. Por consiguiente, la apelación fue desechada.

Sin embargo, el presidente de la Corte Suprema de Singapur, Sr. Wee Chong Jim, en el curso de pronunciar el fallo, expuso los principios que deben regir los expedientes disciplinarios y las circunstancias que permiten eventualmente subsanar los errores, omisiones e irregularidades cometidos en los expedientes de dicha índole, e hizo las siguientes observaciones:

Se desprende de las pruebas presentadas que, al despedir a los recurrentes, los demandados querían obrar de conformidad con el reglamento. El abogado de los demandados reconoce que el juez sentenciador señaló con acierto que, al formar el expediente, el funcionario instructor no había obrado de conformidad con los principios básicos de la administración de justicia. Sigue planteada una cuestión: ¿es acertada la opinión del juez sentenciador según el cual, cuando los recurrentes ejercieron su derecho de apelación al amparo del reglamento, el hecho de que, en el juicio de recurso, fuesen defendidos por abogado y pudiesen citar y carear a todos los testigos que depusieron en el expediente había rectificado el incumplimiento de los principios básicos de la administración de justicia en la formación del expediente?

Entiendo que, en principio, si un órgano cuasi judicial no ha observado los principios básicos de la administración de justicia, esta inobservancia no puede ser subsanada por el hecho de que, en apelación, el tribunal haya seguido un procedimiento en armonía con todos los principios básicos de la administración de justicia.

Si se considera necesario citar un precedente, éste quedó sentado en el asunto *Annamunthodo v. Oilfields Workers' Trade Union*. En este asunto el demandante era miembro del sindicato demandado y había sido convocado a comparecer ante el consejo general del sindicato para responder de cuatro presuntas violaciones de los estatutos sociales. En la reunión, a la que asistió, negó que las acusaciones estuviesen fundadas. Se aplazó el examen de los cargos durante una semana; luego, el presunto infractor no compareció al reanudarse la reunión. El día siguiente el secretario general le comunicó que había sido declarado responsable de las cuatro violaciones y que, en consecuencia, el consejo general había considerado procedente ordenar su expulsión. El expulsado recurrió ante la conferencia anual de delegados según lo dispuesto en los estatutos, pero la conferencia confirmó la expulsión. Recurrió entonces por vía judicial. Ninguno de los cuatro cargos formulados era motivo suficiente para que el consejo general ordenase su expulsión y para ésta el consejo general había invocado una norma de cuya violación no había sido acusado. En ella se definía una infracción separada y distinta, pero el tribunal consideró que, inclusive en caso contrario, esta norma no se podía invocar sin notificación previa y sin dar una oportunidad adecuada para responder a la acusación. El tribunal afirmó además que el demandante no había perdido el derecho a reclamar contra la inobservancia de los principios básicos de la administración de justicia por haber recurrido ante la conferencia anual de delegados. Lord Denning, que pronunció la sentencia, manifestó a este respecto:

Por consiguiente, está perfectamente justificado que recurriera ante la conferencia anual antes de utilizar la vía judicial, aunque no tuviese la obligación de hacerlo. Ahora bien, el hecho de que su recurso fuese

desechado no le priva de su derecho a plantear judicialmente el asunto. Si la orden inicial no tenía validez por inobservancia de los principios básicos de la administración de justicia, el demandante conserva el derecho a reclamar, no obstante haber recurrido.

*Nota editorial:*

El asunto *Annamunthodo v. Oilfields Workers' Trade Union* queda relatado en el repertorio de jurisprudencia *All England Reports* (1961), a partir de la página 621. Las observaciones hechas por lord Denning al leer la sentencia dictada por el presidente de la Corte Suprema de Singapur figuran en la página 625.

---

**Corte Suprema del Canadá**

**ALCANCE DE LAS ATRIBUCIONES MINISTERIALES  
DE APRECIACION DISCRECIONAL**

**PAOLO VIOLO v. THE SUPERINTENDENT OF IMMIGRATION AND  
THE MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

(1965 Canada Law Reports, pág. 232)

*Al ejercer sus atribuciones de apreciación discrecional, el ministro competente aplazó la ejecución de dos órdenes de deportación, a condición de que no se recibieran durante el plazo fijado informes adversos sobre los dos interesados; transcurridos los plazos, se efectuaría otro estudio de los asuntos. Durante los plazos especificados no se recibieron informes adversos y mucho tiempo después de haber transcurrido dichos plazos los interesados fueron detenidos por mandato judicial; recibieron luego notificaciones según las cuales las órdenes de deportación se harían efectivas. La Corte decidió que, después de la expiración de los plazos prescritos para el régimen de prueba, el ministro no podía mantener las órdenes en suspenso y aplicarlas en un momento escogido a su arbitrio. La decisión que concede un período de prueba es definitiva según el párrafo 4 del artículo 31 de la Ley reguladora de la inmigración y nadie tiene atribuciones para proceder a una nueva apreciación o para ampliar los períodos de prueba.*

*Ante* los magistrados Cartwright, Fauteux, Martland, Ritchie, Hall y Spence, bajo la dirección del presidente de la Corte Suprema, Sr. Taschereau; los magistrados Abbott y Hudson expresaron una opinión desidente.

Los demandantes – dos hermanos: R y G – entraron como inmigrantes en el Canadá. Después de ser declarados culpables de un delito definido en el

Código Penal, es decir que, según el artículo 19 (párr. 1, aptdo. e), inciso ii) de la Ley de 1952 reguladora de la inmigración, podían ser objeto de deportación, se ordenó ésta de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 19 de dicha Ley. Su recurso ante la Junta de Recurso fue rechazado, pero el ministro del ramo (segundo demandado) revisó la decisión de la Junta en armonía con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 31 de la Ley y comunicó a los dos hermanos que se aplazaba la ejecución de la orden de deportación (en el caso de R, por 12 meses; en el de G, por seis) a condición de que no se recibiera ningún informe adverso durante estos periodos, transcurridos los cuales se efectuaría otro estudio de sus casos.

Tres años después en el caso de R y 18 meses después en el de G, los interesados fueron detenidos en virtud de una orden de detención expedida por el ministro de Ciudadanía e Inmigración; ambos fueron informados por correo que sus casos había sido examinados y que las órdenes de deportación se harían efectivas. Ninguno de ellos había recibido notificación sobre el momento o el lugar del examen. Ambos solicitaron la expedición de mandamientos de *habeas corpus* y de *certiorari*. La solicitud fue rechazada por el juez de primera instancia y por el Tribunal de apelación.

Previo recurso ante la Corte Suprema, ésta decidió que, después de la expiración de los periodos especificados para el régimen de prueba, el ministro no podía mantener en suspenso las órdenes de detención y disponer su ejecución en un momento escogido discrecionalmente. Habiendo ejercido sus atribuciones de apreciación y habiendo fijado un periodo de prueba, la decisión era definitiva según lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 31 de la Ley reguladora de la inmigración. No tenía atribuciones para ordenar otra revisión o para ampliar el periodo en régimen de prueba. Si no se produjo durante el periodo de prueba ningún acto que justificase lo contrario, el ministro carecía legalmente de autoridad para hacer efectivas las órdenes de deportación.

---

### Corte Suprema del Japón

#### NECESIDAD DE MOTIVAR UNA DECISION ADMINISTRATIVA

##### ASUNTO SAIKO SAIBANSHO MINJI HANREI-SHU

(Decisiones de la Corte Suprema en lo Civil, vol. 17, núm. 4, pág. 617)

*Las leyes prescriben en muchos casos que las decisiones administrativas han de ser motivadas. Esta prescripción no se cumple con una mera exposición de motivos, pero bastarán los que tengan eficacia suficiente según la ley. Los tribunales de justicia no pueden anular las decisiones administrativas por considerar que los motivos expuestos son insuficientes.*

Decisión adoptada por la Segunda Sala (Menor Cuantía) el 31 de mayo de 1963.

Las leyes prescriben en muchos casos que los funcionarios ejecutivos competentes para adoptar una decisión administrativa han de exponer los

motivos que justifican la decisión a que se ha llegado. Distintas son las opiniones que han expresado los tribunales inferiores japoneses en cuanto al grado de precisión que debe tener esta exposición de motivos, y a lo que procede resolver en relación con las decisiones que no se basan en una exposición de motivos adecuada. La decisión de la Corte Suprema del Japón en el caso presente es importante, porque ésta es la primera vez en que dicha Corte ha anulado una decisión administrativa por considerar que los motivos expuestos eran insuficientes según lo dispuesto en la ley.

### Comité Judicial del Consejo Privado

(como instancia superior al Tribunal de Apelación de Malaya)

## PRIVACION DE LA NACIONALIDAD

### LIM LIAN GEOK v. MINISTER OF THE INTERIOR

(1964 30 M.L.J. 158 Privy Council)

*Según lo dispuesto en la Constitución malaya, se privará de la nacionalidad a una persona avecindada o naturalizada si el Gobierno Federal llega al convencimiento de que esta persona es desleal o no siente adhesión por la Federación. Hay que dar al interesado la oportunidad de oponerse a los argumentos aducidos para justificar la privación de la nacionalidad. Habrá de recibir las informaciones apropiadas que desee obtener en relación con dichos argumentos. La investigación no se ha desarrollado según procede si no puede obtener los detalles que necesita o que tiene derecho a pedir a fin de defender sus intereses.*

*Ante los lores Cohen, Evershed, Hodson, Donovan y Borth-Y-Guest.*

Según el apartado a) del párrafo 1 del Artículo 25 de la Constitución de la Federación Malaya, un ciudadano avecindado o naturalizado podrá ser privado de la nacionalidad malaya si el Gobierno Federal llega al convencimiento de que esta persona "ha puesto de manifiesto, de palabra o por obra, que es desleal o no siente adhesión por la Federación".

El demandante recibió una notificación según la cual el Gobierno se proponía privarle de la nacionalidad con arreglo a dicho Artículo y le comunicaba que tenía derecho a presentar sus argumentos a una comisión de encuesta.

El demandante, en vez de exponer el caso ante la Comisión de Encuesta, decidió impugnar la validez de la notificación por vía judicial. El Alto Tribunal decidió que la notificación era válida. El demandante recurrió contra la decisión ante el Tribunal de Apelación que desechó el recurso. Recurrió luego ante el Consejo Privado, que también rechazó este segundo recurso.

Los argumentos aducidos y los motivos por los que se rechazó el recurso

no tienen importancia a los efectos presentes y, por consiguiente, es innecesario resumirlos, pero importa observar que el Consejo Privado, al desechar el recurso, hizo las siguientes observaciones que confirman el derecho del ciudadano a no ser privado de la nacionalidad y a tener previamente toda clase de oportunidades para exponer sus argumentos contra esa medida:

“Este trámite (el seguido ante la Comisión de Encuesta) tiene por fin dar al ciudadano interesado toda clase de oportunidades para oponerse al “motivo” (o “motivos”) en que se basa la orden de privación de nacionalidad. Ello implica, a su vez, que habrá de recibir todas las informaciones que razonablemente pueda pedir sobre el expediente formado a su respecto, para tener la posibilidad de oponerse, de replicar a los cargos o de hacer las gestiones que considere convenientes. No habría en realidad encuesta si el ciudadano interesado no pudiese recibir los detalles que tal vez necesite o que razonablemente puede pedir para estar en condiciones de defender sus intereses.”

---

Corte Suprema de las Filipinas

**EL DERECHO A RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO  
DE LA NACIONALIDAD**

**LIM v. DE LA ROSA**

(G.R. núm. L-17790)

*La persona que ha pedido ser reconocida como ciudadano filipino no puede ser obligada a inscribirse como extranjera por los funcionarios administrativos. Es menester darle la oportunidad de presentar su reclamación. Si no se ha dado esta oportunidad, se debe impedir que los funcionarios interesados dispongan que se efectúe la inscripción.*

Fallo dictado el 31 de marzo de 1964.

Los demandantes, un matrimonio que había pedido que se reconociera su condición de ciudadanos filipinos, presentó al Tribunal de primera instancia una petición al efecto de prohibir a los demandados – el comisario adjunto de Inmigración y el jefe del Departamento de Extranjería – que les requiriesen u obligasen a inscribirse como extranjeros. Basándose en el dictamen del secretario de Justicia, los demandados afirmaron que los demandantes no eran ciudadanos filipinos. Planteado judicialmente el asunto, el tribunal falló que los demandantes “eran ciudadanos filipinos a causa del carácter ilegítimo del nacimiento del marido o, en la hipótesis de que sus padres hubiesen contraído matrimonio legal, a causa de haber recuperado su madre la nacionalidad filipina cuando falleció el padre”; prohibió con carácter permanente que los demandados requiriesen a los demandantes a inscribirse como extranjeros. Los demandados recurrieron ante la instancia suprema y afirmaron, entre



otras cosas, que el fallo era nulo porque el tribunal inferior era incompetente para decidir si los demandantes tenían la nacionalidad filipina.

La Corte Suprema, que confirmó la decisión del tribunal inferior, hizo notar lo siguiente:

¿Qué posibilidad tendría el ciudadano o el habitante del país que reclama el reconocimiento de su nacionalidad y que es requerido u obligado a inscribirse como extranjero por funcionarios administrativos que, en cumplimiento de las órdenes o dictámenes de sus superiores administrativos, están cumpliendo a su vez con su misión? Si la persona que pretende ser ciudadano de este país y a la que se requiere u obliga a inscribirse como extranjero puede demostrar, establecer o probar que tiene la nacionalidad filipina, la posibilidad de solicitar que se impida a los funcionarios que le requieran u obliguen a inscribirse como extranjero es ciertamente el medio apropiado y adecuado para proteger sus derechos.

---

### Consejo de Estado francés

## IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

### MARFAING v. MINISTRO DE HACIENDA

(Fallo núm. 56.939 de 1965)

*Todos los funcionarios tendrán oportunidades iguales, entre ellas el ascenso previa oposición. Ninguna restricción puede limitar este derecho. La evaluación de los méritos de un candidato es cuestión que habrá de decidir exclusivamente la junta de exámenes. Los superiores del candidato en el departamento no pueden usurpar esta atribución. La negativa irregular a autorizar a un funcionario a que participe en la oposición vicia los resultados y anula la prueba.*

Asunto decidido el 8 de octubre de 1965.

Un funcionario apellidado Marfaing, inspector de aduanas, expresó el deseo de participar en unas oposiciones convocadas por su departamento para seleccionar a inspectores de grado superior. Estas oposiciones eran las últimas de una serie organizada especialmente en beneficio de los candidatos que no habían podido participar por causa justificada en las oposiciones anteriores. Una orden ministerial del 28 de enero de 1950 había definido la naturaleza de las pruebas y fijado las condiciones que habían de regular la admisión de los candidatos. El departamento donde trabajaba Marfaing se negó a aceptar su instancia por considerar que no concurrían en él las condiciones prescritas. Marfaing afirmó que la decisión de excluirle era arbitraria y pidió al Tribunal

Administrativo de París que declarara que se le había denegado injustamente la posibilidad de participar en las oposiciones y dispusiera que era nula el orden ministerial en que se hacían públicos los resultados. Su petición fue rechazada, pero recurrió con éxito ante el Consejo de Estado.

Dos habían sido los motivos invocados por la Administración para rechazar su instancia de participación. Primero, las oposiciones eran una prueba organizada especialmente para los funcionarios que, por causa justificada, no habían podido participar en las oposiciones anteriores; Marfaing no había alegado ninguna excusa razonable para explicar el hecho de que no se había presentado en un examen anterior celebrado según lo prescrito por el orden ministerial del 28 de enero de 1950, que fijó las condiciones de aceptación. Además, otra orden ministerial había especificado que estas oposiciones se habían reservado a los funcionarios eficientes. Segundo motivo, la Administración consideraba que el demandante era incapaz de ejercer las funciones de inspector de grado superior, pues su incompetencia había quedado demostrada en el desempeño de sus funciones presentes.

En relación con la primera cuestión, el Consejo de Estado señaló que todos los funcionarios deben gozar de la igualdad de acceso a los exámenes y que el ascenso se debe basar estrictamente en los resultados obtenidos en el examen por el funcionario interesado. El Consejo de Estado hizo notar además que una orden ministerial no puede imponer restricciones que limiten la admisión a las oposiciones, porque las normas reglamentarias aplicables a los funcionarios sólo se pueden hacer efectivas por decreto del Consejo de Estado y no por mera orden ministerial. En relación con la segunda cuestión, el Consejo de Estado consideró que, cuando el ministro se formó la opinión de que Marfaing no tenía las dotes necesarias para desempeñar las funciones correspondientes al grado al que pretendía ascender, adoptó una decisión que solamente podía adoptar la junta de exámenes.

El Consejo de Estado, considerando que los motivos expuestos por el ministro para oponerse a la participación de Marfaing en las oposiciones no justificaban legalmente la negativa y considerando además que su exclusión irregular era un hecho que viciaba las oposiciones en su conjunto, pasó por alto el fallo del Tribunal Administrativo de París y declaró inválidos los resultados de las oposiciones, hechos públicos por orden ministerial.

---

## Corte Suprema de la India

### IGUALDAD ENTRE PERSONAS DE SEXO DISTINTO

#### BOMBAY LABOUR UNION v. FRANCHISES (PRIVATE) LTD.

*En la Constitución india se garantiza la igualdad entre personas de sexo distinto. Las condiciones de trabajo según las cuales una soltera habrá de renunciar a su empleo al contraer matrimonio violan esta disposición de la Constitución. Esta condición ha de ser derogada en aras de la justicia social. Sólo se pueden aceptar las excepciones a esta norma general que se basen en motivos justificados y convincentes.*

Fallo dictado por el magistrado Sr. Wanchoo el 3 de noviembre de 1965.

El párrafo 1° del Artículo 15 de la Constitución india está concebido en los términos siguientes:

El Estado no discriminará en perjuicio de ningún ciudadano por motivos basados exclusivamente en consideraciones de religión, raza, casta, sexo o lugar de nacimiento, aplicadas conjunta o individualmente.

La asociación demandante, el Sindicato de Trabajadores de Bombay, actuando en representación de las empleadas al servicio de la empresa demandada, Franchises (Privat) Ltd., presentó una demanda para pedir la supresión de una condición de trabajo estipulada por la compañía, según la cual las casadas no podían conservar su empleo.

Según dicha norma, las empleadas de cierto departamento de la empresa debían renunciar al puesto en el momento de contraer matrimonio. La empresa demandada sostuvo que la norma estaba justificada y sus argumentos fueron aceptados por el Tribunal Industrial de Marashtra.

En segunda instancia, la empresa demandada afirmó que otras firmas farmacéuticas de la región aplicaban una condición de trabajo análoga. En el departamento donde se aplicaba la norma la labor se había de efectuar en equipo y se había registrado un grado considerable de absentismo entre las empleadas casadas, lo que desbarataba la labor de todo el equipo.

La Corte hizo observar que no le impresionaban los motivos aducidos para mantener una norma de la índole descrita. En materia de absentismo, la única diferencia apreciable era la debida a las ausencias por licencia de maternidad, pero era fácil cubrir estas ausencias si se contrataba como suplentes a algunas empleadas más. Difícil era considerar que el motivo bastaba para aplicar una norma tan radical como la de exigir la renuncia en el momento del matrimonio. Por consiguiente, la Corte aceptó el recurso.

El magistrado Sr. Wanchoo hizo además las observaciones siguientes: "La constante preocupación de la trabajadora casada por el hogar ha dado origen a la especie de que el trabajo y el matrimonio son mutuamente incompatibles. Es una lástima que de esta situación se haga surgir un conflicto entre dos derechos básicos: el derecho del niño a recibir los cuidados de la madre y el derecho de la mujer a trabajar. En realidad, es menester meramente conciliar algunos elementos fundamentales.

La mujer casada que trabaja porque lo necesita o porque está animada por un intenso sentimiento de cooperación social o por el afán de participar en la actividad económica de la nación está aportando en realidad una doble contribución a la sociedad. Una contribución, directa, es la labor que realiza en una oficina, fábrica, laboratorio o aula escolar, y la otra, indirecta y no remunerada, la desarrollada en su calidad de madre. Por supuesto, esta función es la que debe seguir teniendo importancia primordial para la mujer. Si ésta no ejerciera su misión, la sociedad se extinguiría.

Ahora bien, conviene no olvidar que, pese a considerarse la maternidad como la función natural de la mujer y pese al hecho de que la mujer deriva a menudo de ella una profunda satisfacción psicológica, no por ello se resta importancia a este "trabajo", y no me estoy refiriendo a la función en términos biológicos, puesto que es un "trabajo" que puede medirse en horas de labor.

La mujer ha aceptado con gozo ambas misiones. Basta ayudarla a armonizar una y otra mediante la creación de algunas facilidades, entre ellas las

guarderías infantiles, la jornada parcial de trabajo, los beneficios de la licencia de maternidad y la organización de cursos de readaptación en ciertas profesiones.

El argumento aducido por algunos patronos, y según mis noticias así se expresan actualmente ciertos patronos de minas, canteras, fábricas de tejidos y otros sectores de empleo, es decir, que la mano de obra masculina rinde mejores beneficios económicos, es análogo al argumento que podría aducir el padre indio que afirmara que tiene el derecho a engendrar tantos hijos como pueda sustentar. En la actualidad, se tiende, o se debe tender, a considerar estos problemas, no desde el punto de vista individual, sino desde una perspectiva nacional."

*Nota editorial:*

El el momento de entrar en prensa, las decisiones judiciales indias aquí mencionadas no habían sido referidas todavía en los repertorios indios de jurisprudencia. Ello explica la ausencia de referencias a las fuentes indias. Habida cuenta de la importancia de los fallos, no hay duda de que los cronistas judiciales indios darán cuenta de ellos más adelante.

**Corte Suprema del Pakistán**

**LIBERTAD DE ASOCIACION**

**ABDUL A'LA MAUDUDI v. GOVERNMENT OF WEST PAKISTAN**

(P.L.D. 1964 S.C. págs. 672 a 792)

*La Ley de reforma del Código Penal (Ley XIV de 1908) confiere atribuciones arbitrarias ilimitadas a una administración provincial que actúe ex parte para prohibir todas las actividades de un partido político. Esta Ley impone restricciones inaceptables al derecho de asociación y viola el séptimo derecho fundamental (Título II, Capítulo I) de la Constitución del Pakistán (1962) y, por consiguiente, no puede surtir efecto.*

*Ante los Sres. Cornelius (presidente) y S. A. Rehman, Fazle Akbar, Kaikaus y Hamoodu Rehman (magistrados). El fallo fue aprobado por mayoría de votos (Rehman, Fazle Akbar, Kaikaus y Hamoodu Rehman), con la opinión disidente del Sr. Cornelius.*

El séptimo derecho fundamental enunciado en la Constitución del Pakistán es la libertad de asociación, definida en los términos siguientes:

Todo ciudadano tiene derecho a formar asociaciones o sindicatos, sin perjuicio de las restricciones razonables que imponga la ley en aras de la moral o del orden público.

La Ley de reforma del Código Penal (Ley XIV de 1908) tenía por fin conferir a las administraciones provinciales atribuciones arbitrarias que les

permitieran poner término a las actividades de un partido político evaluadas *ex parte*. Las decisiones de esta índole adoptadas por las administraciones provinciales no podían ser objeto de apreciación judicial. En el asunto antes citado la Corte Suprema del Pakistán decidió que la Ley no puede surtir efecto porque, al violar el séptimo derecho fundamental, tiende a limitar con restricciones inaceptables el derecho de asociación.

Según el magistrado S. A. Rehman: "Con certera visión, el poder legislativo consideró oportuno disponer en la Ley que no se debía adoptar ninguna medida antes de que el supremo órgano judicial del país se pronunciase sobre la cuestión planteada. Considerada según este criterio, la Ley de 1908 confiere atribuciones arbitrarias ilimitadas a las administraciones provinciales para poner término a todas las actividades de un partido político y oponerse así virtualmente a su funcionamiento según una apreciación *ex parte* y unilateral. Esta facultad discrecional e ilimitada no está sujeta a ninguna intervención judicial o de otro carácter y puede manifiestamente convertirse en un instrumento de represión y de lucha contra un partido de oposición para un partido gubernamental sin escrúpulos" (pág. 734).

Según el magistrado Fazle Akbar: "Es imposible considerar que las disposiciones de la Ley de 1908, que es de carácter penal, son restricciones razonables de un derecho fundamental. En realidad, deroga indefinidamente el derecho de asociación sin audiencia o proceso previos, simplemente por el arbitrio subjetivo de las autoridades ejecutivas. Es más, sea cual fuere la constitución que se tenga presente, no hay posibilidad razonable de considerar que esta Ley es compatible con dicha expresión" (pág. 744).

Según el magistrado H. Rehman: "Toda enunciación constitucional de los derechos fundamentales reposa en un principio básico: estos derechos se podrán hacer valer judicialmente, no sólo frente a lo que disponga el poder ejecutivo, sino además frente a lo que disponga el poder legislativo; éste es el principio básico enunciado en nuestra Constitución por el efecto conjunto del apartado c) del nuevo Artículo 6, del párrafo 2 del Artículo 98 y del párrafo 3 del Artículo 133 de la Constitución, modificada en 1964 por la primera Ley de reforma de la Constitución (Ley I de 1964)" (págs. 783 y 784).

---

## Corte Suprema de la Federación de Nigeria

### LIBERTAD DE EXPRESIÓN

THE QUEEN v. THE ASSOCIATED PRESS OF NIGERIA LTD.

(1961 1 All N.L.R. 199)

*El párrafo 1º del artículo 59 del Código Penal de Nigeria prohíbe la publicación de noticias falsas que puedan causar alarma o temor. Esta disposición no es incompatible con el Artículo 25 de la Constitución, relativo a la libertad de expresión, que sólo garantiza la libertad en el orden. Esta libertad no puede ser utilizada para difundir noticias falsas que pueden causar alarma o temor entre el público.*

*Ante* los Sres. Ademola (presidente) y Brett, Mbanefo, Taylor y Bairamian (magistrados).

El Artículo 25 de la Constitución de la Federación de Nigeria, promulgada el 1° de octubre de 1963, garantiza la libertad de expresión en los términos siguientes:

- 1) Toda persona tendrá derecho a expresarse libremente, así como a sustentar opiniones y a recibir y transmitir ideas e informaciones sin injerencias.
- 2) Lo dispuesto en el presente Artículo no dejará sin efecto ninguna ley que tenga una justificación razonable en una sociedad democrática:
  - a) en aras de la defensa, la seguridad pública, el orden público, la moral pública o la higiene pública,
  - b) con objeto de proteger los derechos, el buen nombre y la libertad de otras personas, impedir la publicación de informaciones confidenciales, mantener la autoridad y la independencia de los tribunales, y reglamentar la telefonía, la radiofonía y la televisión o la exhibición de películas cinematográficas; o bien
  - c) con objeto de imponer restricciones a personas titulares de cargos del Estado, a los miembros de las fuerzas armadas de la Federación y a los miembros de la policía.

Los reos fueron procesados, entre otros motivos, por haber difundido falsas noticias que podían causar alarma o temor, con infracción del párrafo 1° del artículo 59 del Código Penal de Nigeria.

*Fallo dictado:* El párrafo 1° del artículo 59 del Código Penal no queda sin efecto en virtud del Artículo 25 de la Constitución.

En la sentencia, la Corte hizo notar lo siguiente: "Basta señalar que el nuevo Artículo 25 (antes 24) de la Constitución de la Federación, relativo a los derechos fundamentales del hombre, sólo garantiza la *libertad en el orden*, y que no se puede utilizar este Artículo de la Constitución para difundir noticias falsas que pueden causar alarma o temor entre el público".

---

### Corte Suprema de la Federación de Nigeria

#### DR. CHIKE OBI v. THE DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS

(1961 1 All N.L.R. 186)

*Según los artículos 50 y 51 del Código Penal de Nigeria, incurre en delito quien imprima, publique o distribuya escritos subversivos. Ahora bien, no se puede considerar que estos artículos prohíben las críticas constructivas, cuya manifestación sea razonable en una sociedad democrática. Toda persona tiene derecho a criticar, comentar y censurar los actos del gobierno si*

*no rebasa los límites de la crítica constructiva. Evidentemente, es legítimo y constitucional criticar, con argumentos conformes a la razón, al gobierno que ocupe el poder. Lo que no está autorizado es criticar al gobierno con malevolencia y con el propósito de perturbar el orden público.*

Ante los Sres. Ademola (presidente) y Brett, Mbanefo, Taylor y Bairamian (magistrados).

El procesado había distribuido un folleto que censuraba a los ministros federales; afirmaba que se aprovechaban de sus cargos para lucrarse y que no se interesaban por el bienestar del pueblo. Fue juzgado por el Alto Tribunal de Lagos por actividades subversivas con infracción del apartado c) del párrafo 1° del artículo 51 del Código Penal de Nigeria, según el cual:

Incurrirá en delito toda persona que . . . :

- c) imprima, publique, venda, ofrezca a la venta, distribuya o reproduzca una escrito subversivo.

A los presentes efectos tiene interés citar, en parte, el párrafo 2 del artículo 50:

Es subversivo el acto que tenga por objeto:

- a) suscitar odio o menosprecio o promover desafecto contra el gobierno de Nigera instituido por la ley;
- b) promover descontento o desafecto entre los súbditos de Su Majestad o entre los habitantes de Nigeria.

Ello no obstante, un discurso o una publicación no es subversiva si tiene meramente por fin:

- i) demostrar que Su Majestad ha ido desencaminada o se ha equivocado en algunas de las medidas adoptadas;
- ii) señalar errores o defectos en el Gobierno, en la Constitución o en los gobiernos de cualquier región, instituidos por la ley, o en la legislación o administración de justicia, con objeto de poner remedio a tales errores o defectos;
- iii) persuadir a los súbditos de Su Majestad o a los habitantes de Nigeria para que procuren obtener, por medios legales, la alteración de cualquier disposición nigeriana instituida por la ley, o bien
- iv) llamar la atención, para favorecer su eliminación, de cualquier causa que produzca o tienda a producir sentimientos de malevolencia y de enemistad entre las diferentes clases de la población nigeriana.

Teniendo en cuenta la garantía constitucional de la libertad de expresión enunciada en los párrafos 1 y 2 del Artículo 25 de la Constitución de Nigeria, el Alto Tribunal de Lagos recabó de la Corte Suprema de la Federación de Nigeria la emisión de un dictamen sobre la cuestión de saber qué se debía entender por acto subversivo y por publicación subversiva a los efectos del apartado a) del artículo 52 y del apartado c) del artículo 51 del Código Penal de Nigeria.

La Corte decidió lo siguiente:

1. Los artículos 50 y 51 no prohíben las críticas constructivas, cuya manifestación sea razonable en una sociedad democrática.

Según el presidente de la Corte, Sr. Ademola: "A mi modo de ver, en relación con el artículo, esta definición tiene por efecto señalar que toda persona tiene derecho a exponer sus agravios o críticas, así como a comentar y censurar los actos del gobierno y la política seguida. Puede además hacerlo a fin de obtener que un partido distinto ocupe el poder o para llamar la atención sobre las deficiencias de un gobierno, si no rebasa los límites de la crítica constructiva. Evidentemente, es legítimo y constitucional criticar, con argumentos conformes a la razón, al gobierno que ocupe el poder. Lo que no está autorizado es criticar al gobierno con malevolencia. . . ; en efecto, estas censuras, por su misma naturaleza, tienden a perturbar el orden público."

2. En cuanto a la cuestión de saber si la verdad puede invocarse como defensa, el hecho de que lo publicado se ajuste a la verdad es una consideración apropiada para determinar si el único propósito de una persona es el expuesto en las excepciones enumeradas en el párrafo 2 del artículo 50, pero no se puede invocar *per se* como defensa.

3. En relación con el argumento de que sólo se pueden prohibir, según la Constitución, los actos que tengan directamente por objeto perturbar el orden público, la Corte hizo las observaciones siguientes:

"Se ha afirmado que una ley sólo es válida si los actos prohibidos pueden dar lugar directamente a desórdenes. A mi modo de ver, ésta es una visión excesivamente estrecha de la disposición; en efecto, la disposición se ha de poder justificar, en una sociedad democrática, como precaución razonable destinada a mantener el orden público, y esto puede suponer la prohibición de actos que, de no ser corregidos y limitados, pueden originar desórdenes, aunque no sean causa directa de ellos. Incumbe a esta Corte decidir si una ley determinada se puede o no justificar conforme a la razón."

4. Según el magistrado Brett: "Hay que tener debidamente en cuenta la función del poder legislativo como guardián de la sociedad democrática. Los tribunales deben considerar que, en principio, lo legislado es algo que ha sido considerado como disposición razonablemente justificable en una sociedad democrática por una mayoría de los representantes electos del pueblo de la Federación. El mero hecho de que el poder legislativo haya aprobado la ley es un factor que los tribunales deben tener en cuenta para apreciar si es razonable."

*Notas editoriales:*

1. Hemos citado ya el Artículo 25 de la Constitución de la Federación de Nigeria en relación con el asunto *The Queen v. the Associated Press of Nigeria Ltd.* (1961) (1 All N.L.R. 199), antes referido.

2. El Alto Tribunal de Lagos juzgó al acusado teniendo en cuenta las orientaciones sentadas por la Corte Suprema de la Federación en materia legal y declaró al reo culpable de los hechos imputados.



## Consejo de Estado francés

## LIBERTAD DE CIRCULACION

## MINISTRO DEL INTERIOR v. MME VICINI

(Fallo núm. 62.214 de fecha 20 de enero de 1965)

*Derechos de los nómadas: el prefecto sólo puede regular los movimientos y la permanencia de los nómadas en el ámbito de su jurisdicción en aras de la higiene pública, la seguridad y el orden públicos. Es ilegal una orden permanente y absoluta, destinada a prohibir el acampamento y la permanencia en la totalidad o en parte de dicho ámbito. Una orden de esta especie vulnera el derecho fundamental del individuo a la libertad de circulación.*

En el presente asunto, suscitado por la interposición de un recurso del ministro del Interior contra un fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Niza el 16 de octubre, se planteó la cuestión del derecho de los nómadas a la libertad de circulación y el derecho de los prefectos (representantes de la Administración central en los departamentos) a imponer restricciones que limiten esta libertad en el respectivo ámbito de jurisdicción.

El Tribunal Administrativo de Niza había declarado que constituía una desviación de poder una orden dictada por el prefecto de Alpes Marítimos para prohibir el acampamento y la permanencia de nómadas en los términos de los 79 municipios de su departamento. Por la orden se rechazaba además el recurso de súplica interpuesto por Mme Vicini para solicitar la cancelación de la orden por considerar que el prefecto se había excedido en el ejercicio de sus atribuciones.

El Consejo de Estado rechazó el recurso del ministro del Interior y confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo, favorable a Mme Vicini.

En su sentencia, el Consejo de Estado manifestó que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del Código de Administración Municipal, los prefectos pueden adoptar en el ámbito de su jurisdicción todas las medidas necesarias para la conservación de la higiene, la seguridad y el orden públicos. Sólo pueden regular la circulación y la permanencia de los nómadas con objeto de evitar amenazas a la higiene, a la seguridad y al orden públicos. Ahora bien, el prefecto vulnerará el derecho fundamental del individuo a la libertad de circulación si prohíbe de modo permanente y absoluto el acampamento y la permanencia de nómadas en todo o parte del ámbito de su jurisdicción. Por consiguiente, de no concurrir circunstancias excepcionales, el prefecto de Alpes Marítimos, en el ejercicio de las atribuciones que tiene conferidas en virtud del artículo 107 antes mencionado, no podía legalmente dictar una orden prohibitoria de carácter general.

En relación con las otras dos leyes invocadas por el ministro del Interior en apoyo de su recurso, el Consejo de Estado hizo notar que no existía otro texto legal que sirviera de base válida a la orden del prefecto.

**Corte Suprema de la Federación de Nigeria**

**WILLIAMS v. MAJEDODUNMI**

(1962 1 All N.L.R. 324)

*Todo ciudadano tiene derecho a circular libremente por Nigeria. La libertad de circulación o de residencia de cualquier persona domiciliada en Nigeria sólo puede ser limitada en aras de la defensa, la seguridad pública, el orden público, la moral pública o la higiene pública. Después de proclamado el estado de urgencia, se aplicó una orden restrictiva de la circulación a un profesional del derecho: éste impugnó por vía judicial la validez de la orden y expresó el deseo de comparecer personalmente. No debe ser privado de este derecho, salvo si lo exigen manifiestamente razones de orden público.*

Ante los Sres. Ademola (presidente) y Brett, Mbanefo y Taylor (magistrados).

En el Artículo 27 de la Constitución de la República Federal de Nigeria se dispone lo siguiente:

- 1) Todo ciudadano nigeriano tiene derecho a circular libremente por Nigeria.
- 2) Lo dispuesto en el presente artículo no dejará sin efecto ninguna ley que se pueda justificar razonablemente en una sociedad democrática:
  - a) para limitar la circulación o la residencia de cualquier persona domiciliada en Nigeria en aras de la defensa, la seguridad pública, el orden público, la moral pública o la higiene pública.

Según el artículo 2, párr. 1, aptdo. a), del Reglamento de 1962 sobre las atribuciones de urgencia (relativo a las órdenes restrictivas), el demandado – el administrador de Nigeria occidental – expidió una orden restrictiva según la cual el demandante quedaba confinado en un radio de tres millas alrededor de su domicilio.

El demandante, un profesional del derecho, quiso impugnar la validez de la orden y, como primera medida, presentó ante la Corte Suprema de la Federación una demanda para pedir la expedición de un mandamiento incidental destinado a impedir que el demandado hiciera efectiva la orden antes del trámite de la acción que el demandante tenía la intención de interponer contra el demandado para la obtención de una declaración según la cual la orden restrictiva era inválida.

El demandado había comunicado primeramente al demandante que le autorizaría a comparecer ante la Corte Suprema de la Federación para defender su demanda de mandamiento incidental, pero le denegó posteriormente su autorización porque otras personas objeto de órdenes restrictivas análogas le pidieron que les concediera facilidades similares. El demandante pidió luego a la Corte Suprema que, *ex parte*, dictase un mandamiento incidental para impedir que el demandado restringiera la libertad de circulación del demandante mientras se tramitaba el primer mandamiento incidental.

La Corte aceptó la argumentación del demandante, es decir, que no podía ser obligado a confiar su defensa a un abogado y que no debía ser pri-

vado de su derecho a comparecer personalmente salvo si lo exigían manifiestas razones de orden público. Consideró que la explicación dada por el demandado al demandante sobre su cambio de opinión era prueba de que ninguna razón de orden público lo exigía, y dictó un mandamiento en virtud del cual se prohibía que el demandado se opusiera a la comparecencia del demandante en el trámite de su demanda.

---

### Tribunal de Apelación de Trinidad y Tabago

## PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESTADO DE URGENCIA

**BECKLES v. DELLAMORE**

(Recurso núm. 440 de 1965)

*La Constitución de Trinidad y Tabago protege los principales derechos fundamentales del hombre. Las normas dictadas en estado de urgencia pública que, por declaración expresa, sólo están en vigor durante dicho periodo surten efecto no obstante lo dispuesto en la Constitución. Ahora bien, estas normas tienden a resolver, según un criterio razonable, la situación existente durante dicho periodo.*

Ante sir Hugh Wooding (presidente) y los Sres. Hugh McShine y Phillips (magistrados).

Fallo dictado el 18 de diciembre de 1965.

En el ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ordenanza sobre la materia (cap. 11, núm. 10), el gobernador general proclamó el estado de urgencia en las zonas especificadas en la declaración hecha pública el 9 de marzo de 1965. Las zonas especificadas comprendían en la práctica las zonas destinadas al cultivo de la caña de azúcar, donde los trabajadores estaban en huelga a causa de controversias surgidas en el seno del sindicato de trabajadores azucareros. He aquí lo manifestado por el presidente del Tribunal, Sr. Wooding: "Un grupo que se denominaba a sí mismo "los combatientes de la libertad" tenía el propósito de desplazar de la dirección del sindicato a los miembros de la Comisión Ejecutiva; intervenía en la contienda todo el movimiento obrero del país y, en su mayoría, los sindicatos prestaban apoyo a los combatientes de la libertad. Se habían cometido actos de violencia y se anunciaba la comisión de otros. Las maniobras intimidatorias se multiplicaban. Fue menester cerrar los ingenios. Según la expresión utilizada por el demandante: "La industria azucarera estaba en crisis". Para colmo, surgió la controversia en torno al proyecto de ley para la estabilización industrial; los combatientes de la libertad y los sindicatos que les secundaban se oponían con vehemencia al proyecto. A su modo de ver, el proyecto era inadmisibles porque, según los términos empleados en el folleto que estaba en poder del demandante y por el cual fue procesado, se consideraba que el proyecto pondría fin a la libertad de trabajo y a las negociaciones colectivas e instituiría en cambio el trabajo forzado y el despotismo patronal".

El gobernador general proclamó el estado de urgencia con arreglo a lo dispuesto en la Ordenanza sobre la materia y el demandante fue declarado culpable de la infracción definida en el párrafo 1° del artículo 7, concebido en los términos siguientes:

Nadie estará autorizada a poseer o guardar ningún documento cuya naturaleza haga posible que, al ser difundido en copias, cause la perturbación del orden público y subverta o solivianta a las personas situadas en la zona protegida.

El demandante, que interpuso recurso, afirmó que la norma aplicada era nula en virtud del Artículo 4 de la Constitución, según el cual:

Las leyes que el Parlamento apruebe en estado de urgencia pública y que, por declaración expresa, deban tener vigencia durante dicho periodo únicamente surtirán efecto, no obstante lo dispuesto en los Artículos 1 y 2 de la presente Constitución, si se puede demostrar que, según un criterio razonable, sus disposiciones no tienden a resolver la situación existente durante dicho periodo.

Este argumento fue desechado y el presidente del Tribunal manifestó: "A mi juicio, existía, pues, una situación explosiva tal y como se define en las normas aplicables. Por lo tanto, entiendo que es imposible considerar que el párrafo 1° del artículo 7 no tendía a resolver, según un criterio razonable, la situación entonces existente."

*Nota editorial:*

En los Artículos 1° y 2 de la Constitución de Trinidad y Tabago, promulgada en 1962 por Orden del Consejo de Ministros, se enuncian y garantizan los principales derechos fundamentales del hombre.

---

**Corte Suprema de la India**

**SADANANDAN v. THE STATE OF KERALA**

*En la India rige, como principio capital de la Constitución que, ni siguiera en estado de urgencia, se puede abolir la libertad del ciudadano si no existe una necesidad que justifique la medida, del modo especificado en el Reglamento de defensa de la India. El mantenimiento del estado de urgencia y el continuo ejercicio de las amplias atribuciones conferidas acaso tengan por consecuencia que las autoridades que ejercen estas atribuciones pasen por alto este requisito. La indiferencia y el desdén por los derechos fundamentales puede dar lugar, en definitiva, a una grave amenaza para los valores básicos que en la India son el fundamento del modo de vida democrático.*

Fallo dictado el 16 de febrero de 1966.

En el asunto examinado, un vendedor de queroseno domiciliado en Trivandrum y llamado G. Sadanandan, detenido en virtud del Reglamento de

defensa de la India, fue liberado por orden de la Corte Suprema, que consideró que las órdenes dictadas por el Estado de Kerala a su respecto habían sido inspiradas por la mala fe. La Corte decretó además que el Estado de origen del demandante tenía que abonar los gastos incurridos por éste, por valor de 500 rupias.

El presidente de la Corte, Sr. Gajendragadkar, hizo notar que la Corte no tenía sino la posibilidad de aceptar el argumento del demandante, según el cual la orden de detención dictada después del 24 de octubre de 1965 era totalmente inválida y estaba injustificada. El presidente de la Corte Suprema se expresó en los siguientes términos:

Cuando tenemos noticia de órdenes de esta especie, en virtud de las cuales se priva a un ciudadano del derecho fundamental a la libertad personal sin juicio previo y con el argumento de que existe todavía el estado de urgencia proclamado por el presidente de la República en 1962 y de que las atribuciones conferidas a la autoridad competente por el Reglamento de defensa de la India justifican la privación de dicha libertad, nos preocupa vivamente la idea de que el continuo ejercicio de las amplísimas atribuciones conferidas por el Reglamento a diversas autoridades tal vez tenga por resultado disminuir, y acaso anular, la capacidad de estas autoridades para recordar el principio capital de la Constitución india, según el cual, ni siquiera en estado de urgencia, se puede abolir la libertad del ciudadano indio si no existe una necesidad que justifique la medida, del modo especificado en el Reglamento. La tendencia a ocuparse de estos asuntos con una actitud un tanto displicente y altanera, que seguramente deriva de la continua aplicación de estas atribuciones ilimitadas, quizá represente en definitiva una grave amenaza para los valores básicos que son el fundamento del modo de vida democrático en este país.

El presidente de la Corte Suprema puso de relieve que, en realidad, los casos de esta índole son raros, pero que la existencia de estos pocos casos constituye una advertencia que era menester señalar a la atención de las autoridades competentes.

Los magistrados de la Corte Suprema habían tenido ya la ocasión de censurar los certificados transmitidos por las autoridades competentes como base de las órdenes de detención en procesos iniciados por mandamiento judicial, pero jamás habían recibido un certificado expedido con tanto descuido como el transmitido en el asunto presente. El certificado, que llevaba la firma del secretario del Interior del Gobierno de Kerala, era tan defectuoso y, en muchos aspectos, era tan impreciso y ambiguo que no se sabía cuál era la autoridad que, en representación del Estado demandado de Kerala, había examinado el acta de enjuiciamiento del demandante, ni cuál era la naturaleza de los materiales comunicados a dicha autoridad; el certificado no contenía ninguna afirmación según la cual, una vez examinados los datos por la autoridad competente, ésta había llegado a la conclusión de que, a su modo de ver, era menester guardar preso al demandante para impedir que obrase de manera perjudicial para el mantenimiento de los abastecimientos y servicios indispensables a la vida de la colectividad. Era evidente que el secretario del Interior había hecho su declaración sin la debida reflexión.

---

**Corte Suprema de la India****STATE OF BIHAR v. RAMBALAK SINGH**

*El asunto examinado versaba sobre la impugnación de una orden de detención dictada en virtud del Reglamento de defensa de la India. Para la impugnación, se había presentado una petición de habeas corpus al amparo de lo dispuesto en el Artículo 226 de la Constitución india sobre la jurisdicción de los tribunales superiores en materia de mandamientos. Un tribunal superior es competente para conceder la libertad con fianza, aunque la orden de detención haya sido dictada en virtud del Reglamento de defensa de la India. Ahora bien, el ejercicio de esta facultad está "inevitablemente circunscrito" por consideraciones que son privativas de los procedimientos de dicha índole y que guardan relación con las finalidades perseguidas por la orden de detención. Es indispensable tener presente la distinción entre la existencia de la facultad y su debido ejercicio.*

Ante los Sres. Gajendragadkar (presidente) y Shah, Sikri, Ramaswamy y Satyanarayanaraju (magistrados).

Asunto resuelto en enero de 1966.

El Tribunal Superior de Patna ordenó la liberación del Sr. Rambalak Singh (detenido en virtud del Reglamento de defensa de la India) previo depósito de una fianza de 500 rupias y de dos garantías adicionales de 250 rupias cada una hasta la terminación del procedimiento seguido para el trámite de la petición de *habeas corpus* presentada por el secretario del Tribunal Superior. El Tribunal señaló además que el defensor del detenido ante esta jurisdicción había prometido que, mientras el procedimiento siguiera su curso cuando el demandante estuviese en libertad con fianza, éste no desarrollaría ninguna actividad subversiva ni cometería ningún acto perturbador. El Estado de Bihar decidió oponerse a estas órdenes del Tribunal Superior en favor de la liberación del detenido y con este fin presentó a la Corte Suprema un recurso; recababa de ella una decisión sobre la cuestión de derecho relativa a la competencia del Tribunal Superior para decretar la liberación con fianza en estos asuntos; el Estado de Bihar no pretendía que la Corte decidiera si eran válidas las órdenes de esta índole dictadas por el Tribunal Superior en el caso examinado.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema decidió que, al ocuparse de las peticiones de *habeas corpus* presentadas al amparo de lo dispuesto en el Artículo 226 de la Constitución (relativo a la jurisdicción de los tribunales superiores en materia de mandamientos), que autoriza la impugnación de las órdenes de detención expedidas en virtud del artículo 30 del Reglamento de defensa de la India, un tribunal superior es competente para conceder la libertad provisional con fianza. Sin embargo, la Sala agregó que el ejercicio de esta facultad está "inevitablemente circunscrito" por consideraciones que son privativas de los procedimientos de dicha índole y que guardan relación

con las finalidades perseguidas por las órdenes de detención que han sido dictadas con todos los requisitos prescritos en dicho Reglamento.

El Artículo 226 de la Constitución india está concebido en los términos siguientes:

1. No obstante disposición contraria en el Artículo 32, todo tribunal de apelación estará facultado, en todo el ámbito de su jurisdicción, a expedir respecto de toda persona o autoridad e incluso, en los casos apropiados, con respecto a todo gobierno, situados en su esfera de acción, *directrices, órdenes y mandamientos y, concretamente, mandamientos de la misma naturaleza que los mandamientos de habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto y certiorari, o bien cualquiera de ellos, para garantizar la protección de los derechos conferidos por el Título III de la Constitución o para cualquier otro fin.*
2. La facultad atribuida a un tribunal de apelación por el precedente párrafo 1 no dejará sin efecto la facultad atribuida a la Corte Suprema por el párrafo 2 del Artículo 32.

El presidente de la Corte Suprema, Sr. Gajendragadkar (que leyó la sentencia) desechó el recurso y manifestó que, si la Corte expedía una orden de libertad provisional con fianza sin examinar a fondo los asuntos planteados y basándose meramente en la opinión emitida *prima facie* por el Tribunal Superior, cabría oponer a dicha orden el argumento de que era el resultado de un ejercicio indebido de las facultades conferidas.

El más alto magistrado de la India agregó que era indispensable tener presente la distinción entre la existencia de la facultad y su debido ejercicio. La Sala Constitucional señaló además que, al entender en demandas que tengan el carácter descrito, los tribunales han de evitar el ejercicio indebido de las facultades que tienen conferidas en estos asuntos.

La Corte Suprema hizo notar también que la facultad del tribunal superior para dictar una orden preliminar "no depende" de la naturaleza de la orden (esta observación se refiere a las órdenes de detención impugnadas en la petición principal de *habeas corpus*), sino que depende de la facultad que tiene el tribunal superior para dictar en favor de una parte una decisión preliminar que sirva de complemento a la decisión de fondo, cuya adopción podrá pedir esa parte si la petición es aceptada.

Como observó la Corte Suprema: "Debemos apresurarnos a subrayar que, si bien no vacilamos en confirmar la competencia del tribunal superior para adoptar una decisión preliminar de liberación con fianza, concurren en estos casos ciertas "consideraciones ineludibles" que guardan relación con los procedimientos de esta clase y que limitan inevitablemente el ejercicio de las facultades que tiene el tribunal superior para decretar, con carácter preliminar, la libertad provisional con fianza del interesado." La Corte agregó que esta facultad del tribunal superior era "muy estrecha y limitada". En estas circunstancias, la Corte Suprema declaró que, si a juicio del tribunal superior, las afirmaciones hechas en la principal petición de *habeas corpus* revelaban *prima facie* la existencia, en la orden de detención, de defectos graves que justificasen la liberación del detenido, "lo más prudente, sensato y razonable que se podía hacer era acelerar, en todo caso, el examen de la petición de mandamiento y estudiarla a fondo sin demora".

"Huelga decir que los tribunales harán todo lo posible para proteger la libertad individual del ciudadano en la esfera judicial y dentro de los límites

de su competencia. Ahora bien, la Corte Suprema, que tiene por función proteger la libertad individual dentro de los límites fijados por la ley, formuló la advertencia de que sería una decisión "imprudente" desentenderse de las finalidades perseguidas por las órdenes de detención. La Corte Suprema agregó que una decisión "imprudente" de liberación con fianza podía tener consecuencias perjudiciales para la colectividad en su conjunto y que "éste es un factor que el tribunal superior habrá de ponderar debidamente si decide decretar la libertad provisional de un detenido en los procesos de este género".

La Corte Suprema señaló además que "en la práctica sería muy difícil" conocer de un asunto en el cual, sin una investigación y examen a fondo de los motivos en que se base la impugnación de la orden de detención por el interesado, el Tribunal esté razonablemente en condiciones o autorizado para conceder la libertad provisional con fianza sobre la base de una conclusión derivada *prima facie* en una fase anterior del proceso.

Ahora bien, como manifestó ante la Corte Suprema el abogado designado por el Estado de Bihar, ese Estado presentó a la Corte Suprema su recurso contra las órdenes dictadas por el Tribunal Superior de Patna (según las cuales se liberaba provisionalmente al interesado durante el trámite de la petición de *habeas corpus* presentada al Tribunal Superior por el detenido para impugnar la validez de la orden de detención expedida en virtud del Reglamento de defensa de la India) con objeto de recabar de la Corte Suprema una decisión acerca de la "importante cuestión que plantea determinar la competencia del tribunal superior" para expedir órdenes de libertad provisional con fianza en los casos de la índole descrita, y no con objeto de poner en duda el acierto, la oportunidad o la conveniencia de las órdenes dictadas por el tribunal superior; por ello, la Corte Suprema no se pronunció sobre el fondo de las órdenes dictadas en el asunto examinado por el Tribunal Superior de Patna. En relación con la "mera cuestión de competencia", la Corte Suprema se pronunció en favor de la posición sustentada por el Tribunal Superior y desechó el recurso presentado por el Estado de Bihar.

## Corte Suprema de la India

### STATE OF MAHARASHTRA v. SANGZIVI

*La libertad de una persona detenida en virtud del Reglamento de defensa de la India sólo podrá ser limitada por las restricciones especificadas en el párrafo 4 del artículo 30 de dicho Reglamento. Toda pretensión encaminada a aplicarle una restricción no especificada constituye una injerencia en su libertad personal. En estos casos, el tribunal superior puede dirigir a la autoridad interesada el mandamiento o las instrucciones oportunas, según lo dispuesto en el Artículo 226 de la Constitución.*

Ante los Sres. Subba Rao, Wanchwoo, Shah, Sikri y Ramaswami (magistrados).

Asunto resuelto en septiembre de 1965.



El Sr. Prabhakar Pandurang Sangzivi, el preso demandado, había sido detenido en la cárcel de distrito de Bombay en virtud del artículo 30, párr. 1, aptdo. B, del Reglamento de defensa de la India. Durante su detención, el Sr. Sangzivi escribió un libro titulado "Anuchu Antarangaat" (Dentro del átomo) después de obtener la autorización del Gobierno del Estado. La obra tenía un interés exclusivamente científico. El detenido solicitó a las autoridades que le permitieran enviar el manuscrito a su esposa para su publicación, pero la solicitud fue rechazada y el detenido presentó una petición al Tribunal Superior de Bombay.

El Tribunal Superior de Bombay, que aceptó la petición, manifestó que las órdenes de detención no limitan en modo alguno los derechos y libertades de los ciudadanos y que un detenido tiene derecho a proseguir sus actividades con arreglo a las condiciones que rigen su detención.

El Gobierno del Estado de Maharashtra recurrió ante la Corte Suprema de la India contra la decisión del Tribunal Superior de Bombay.

Al rechazar el recurso, el magistrado Subba Rao (que leyó la sentencia), manifestó que, si la autoridad competente pretende aplicar a un detenido una restricción no especificada, dicha autoridad limita la libertad del detenido de manera incompatible con la ley en virtud de la cual está detenido. El magistrado agregó que, en tal caso, el tribunal superior, de conformidad con el Artículo 226 de la Constitución (relativo a la competencia de los tribunales superiores en materia de mandamientos, etc.), podrá dirigir a la autoridad interesada el mandamiento o las instrucciones oportunas, en armonía con la ley.

La Corte decidió que la Orden que regía las condiciones de detención en Bombay (determina las condiciones en que se halla un detenido en virtud del artículo 30 del Reglamento de defensa de la India por el Gobierno del Estado de Maharashtra) no contenía ninguna disposición sobre la composición o la publicación de libros por un detenido. La Corte declaró, por consiguiente, que ninguna restricción podía limitar la libertad del detenido a ejercer dicha actividad. La Corte Suprema decidió además que las condiciones mencionadas, relativas a las restricciones limitativas de la libertad de un detenido, no tenían el carácter de privilegios, sino que eran las condiciones con arreglo a las cuales era posible limitar su libertad.

La Corte Suprema manifestó que, de aceptarse el argumento del Estado (es decir, que las condiciones que determinan las restricciones limitativas de la libertad de un detenido sólo conferirían a éste ciertos "privilegios"), ello significaría que existe la posibilidad de permitir que un detenido "muera de hambre" si nada prescribe que es menester alimentarle. En relación con la libertad de un individuo, la Corte manifestó que los reglamentos y normas mencionados "no podían ser objeto" de esta interpretación, si no existían para ello poderosas razones.

---

## Corte Suprema de la India

### DERECHOS DE UN EMPLEADO

#### SALEM ERODE ELECTRICITY DISTRIBUTION CO. v. THE WORKMEN

*Todos los empleados tienen derecho a la igualdad de trato y a la igualdad de oportunidades. Las empresas*

*industriales no pueden tener dos clases de reglamentos: uno aplicable a los empleados que prestan servicio desde hace tiempo y el otro aplicable a los que han ingresado recientemente.*

Ante los Sres. Gajendragadkar (presidente) y Wanchoo, Hidayatullah y Ramaswami (magistrados).

Fallo pronunciado el 3 de noviembre de 1965.

En el asunto examinado la Corte Suprema decidió que las empresas industriales no pueden tener dos clases de reglamentos según la Ley que regula el empleo industrial: una aplicable a los empleados que prestan servicio desde hace tiempo y el otro aplicable a los que han ingresado recientemente.

El demandante había elaborado un reglamento para determinar las condiciones de servicio de sus empleados; el reglamento había sido aprobado en 1947 según lo dispuesto en la Ley. En 1960 el demandante quiso modificar las normas reguladoras de las licencias y las vacaciones. Según el nuevo régimen, las antiguas condiciones de servicio seguirían aplicándose a los empleados que prestaban servicio desde hacía tiempo; las nuevas normas se aplicarían a los recién ingresados.

El funcionario designado en virtud de la Ley mencionada para examinar el reglamento se negó a aprobar las nuevas condiciones, y esta decisión fue confirmada por la autoridad que recibió el recurso. En la apelación presentada a la Corte Suprema, el demandante afirmó que las nuevas condiciones de servicio eran equitativas y sólo se aplicaban a los recién ingresados; en cambio, se mantenían incólumes los derechos de los empleados que prestaban servicio desde hacía tiempo. El funcionario que examinó el reglamento había cometido un error de derecho al negarse a aprobar las condiciones.

La Corte Suprema confirmó la decisión de la autoridad que se había negado a aprobar la modificación del reglamento propuesta por el demandante. En su fallo, la Corte hizo notar que, según lo dispuesto en la Ley, sólo se preveía la aplicación de un reglamento a todos los empleados de la empresa y que no había la posibilidad de tener dos reglamentos.

---

## **Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania**

### **EL DERECHO A LA VIDA Y A LA SEGURIDAD DE LA PERSONA**

#### **DECISION ADOPTADA EL 30 DE JUNIO DE 1965 POR LA SALA PRIMERA**

(1 BvR 93/64. Reproducida en BVerfG 18/112)

*La abolición de la pena de muerte en virtud del Artículo 102 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, que fue una decisión de enorme*

*importancia jurídica y política, es un reconocimiento del valor supremo de la vida humana. Ahora bien, en Francia el delito de asesinato se castiga con la pena de muerte. La orden de extradición del recurrente, procesado en Francia por asesinato, es decir, por un delito por el que incurre en la pena capital, no es incompatible con el párrafo 2 del Artículo 2 de la Ley Fundamental, según el cual toda persona tiene derecho a la vida y a la seguridad. La Declaración Universal de Derechos Humanos, no obstante su carácter marcadamente humanista, no enuncia ninguna posición categórica en relación con la pena de muerte.*

La autoridad alemana competente había dictado contra el recurrente una orden de extradición en virtud de la cual el recurrente sería transferido a Francia donde había sido procesado por asesinato. Este delito está castigado en dicho país con la pena de muerte, que ha sido abolida en la República Federal de Alemania donde está expresamente prohibida por el Artículo 102 de la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional hizo las observaciones siguientes:

“Desde luego, para la República Federal de Alemania la abolición de la pena de muerte significa más que la mera supresión de una de las diversas formas de castigo previstas en la escala de penas antes aplicadas. Es una decisión de enorme importancia jurídica y política. Equivale al reconocimiento del valor supremo de la vida individual, así como de una idea del Estado que adopta una actitud positiva contra los valores de un régimen político para el cual la vida individual tenía poca importancia y que, por este motivo, fue culpable de inmensos abusos en el ejercicio de atribuciones arbitrariamente asumidas para decidir la vida o la muerte de sus ciudadanos.

“Teniendo en cuenta el estado de la ley y de la opinión pública en el mundo actual, no se puede afirmar que la pena de muerte sea manifiestamente incompatible con el presente grado de civilización; no se puede decir que los Estados que han abolido la pena de muerte puedan o deban imponer su punto de vista y pretender así que defienden una concepción superior de la ética jurídica y tienen derecho a discriminar entre los sistemas jurídicos extranjeros . . . La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas, no obstante su carácter marcadamente humanista, no enuncia ninguna posición categórica en relación con la pena de muerte y, por consiguiente, no la prohíbe. El Convenio Europeo de los Derechos del Hombre la acepta como posible forma de castigo, y lo propio hace el Tratado Europeo que regula la extradición.”

La Sala *decidió* lo siguiente:

1. La extradición de una persona procesada por un delito castigado con la pena de muerte no está en pugna con la Ley Fundamental y no es incompatible con el párrafo 2 del Artículo 2 de la Ley Fundamental alemana, según el cual “toda persona tiene derecho a la vida y a la seguridad”.

2. El Artículo 102 de la Ley Fundamental no prohíbe en absoluto que las autoridades alemanas coadyuven a la imposición y ejecución de la pena de muerte por otro Estado.

---

**Corte Suprema del Japón**

**EL DERECHO A ESCOGER EMPLEO**

**ASUNTO KEI-SHU**

(Jurisdicción civil de la Corte Suprema, vol. 17, núm. 12, pág. 2437)

*El Artículo 22 de la Constitución japonesa garantiza el derecho del individuo a escoger empleo. La Ley reguladora del transporte por carretera prohíbe efectuar transportes en vehículos particulares contra remuneración. Se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de esta disposición, pero la Corte Suprema ha confirmado su validez: los derechos individuales no se pueden ejercer de modo que perjudique gravemente el interés público; el derecho a escoger empleo se ejerce en el marco de las leyes dictadas para mantener el orden y el buen gobierno.*

Asunto fallado por la Corte en pleno el 4 de diciembre de 1963.

El demandante había sido objeto de una acción judicial por haber violado el artículo 101 de la Ley reguladora del transporte por carretera, que prohíbe efectuar transportes en vehículos particulares contra remuneración. El demandante afirmó que la disposición antes mencionada era inconstitucional porque le denegaba el "derecho a escoger empleo", garantizado por el Artículo 22 de la Constitución. Según el demandante, la prohibición como tal carecía de motivos que la justificasen y sólo tenía por fin proteger los intereses de las empresas de transporte en vehículos a motor. La Corte Suprema confirmó la constitucionalidad de la disposición y señaló que el empleo frecuente de vehículos particulares para efectuar transportes contra remuneración podía poner en peligro el régimen de licencias, basado en excelentes razones y cuyo fin es garantizar una gestión comercial eficaz del transporte en vehículos a motor.

---

**Corte Suprema de los Estados Unidos**

**EL DERECHO DE SUFRAGIO**

**HARMAN v. FORSENIUS**

(380 U. S. 528 1965)

*La Corte ha declarado inválida una ley de Virginia según la cual un ciudadano cualificado en los demás*

*aspectos solamente podía votar en las elecciones federales si había abonado un impuesto electoral o si había presentado debidamente un certificado de residencia. El derecho de sufragio no puede ser denegado o limitado por no haber abonado un impuesto. Esta ley de Virginia era incompatible con la 24a Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que entró en vigor el 4 de febrero de 1964.*

En la 24a Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, sancionada el 4 de febrero de 1964, se dispone lo siguiente:

Los Estados Unidos o cualquier Estado no denegarán o limitarán el derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a participar en cualquier elección preliminar o de otra índole, previa a la elección del presidente, del vicepresidente o de un senador o representante del Congreso, basándose en la incapacidad de un ciudadano para abonar un impuesto electoral o cualquier otro impuesto.

Antes de 1963 una ley de Virginia exigía el pago de un impuesto electoral como requisito previo a la participación en las elecciones estatales y federales. Anticipándose a la aprobación de la Enmienda, el Estado dictó una ley que modificaba sus leyes electorales y disponía que un ciudadano cualificado en los demás aspectos sólo podía participar en las elecciones federales si abonaba un impuesto electoral o bien presentaba un certificado de residencia seis meses antes, como mínimo, de la celebración de las elecciones en que quisiera participar. El pago del impuesto electoral fue mantenido como requisito único para la participación en las elecciones estatales.

Los demandantes solicitaron, por vía judicial, que se declarase que la ley era inconstitucional y que se prohibía su aplicación. Un tribunal de tres magistrados aceptó la solicitud por considerar que las leyes electorales de Virginia, en su forma modificada, establecían, para la emisión del sufragio en las elecciones federales, requisitos distintos de los instituidos para participar en las elecciones, más amplias, destinadas a constituir la asamblea legislativa del Estado; los requisitos establecidos violaban el párrafo 2 del Artículo 1 y la 17a Enmienda de la Constitución.

Sobre la base de una opinión de su presidente, Sr. Warren, la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la decisión del tribunal inferior, pero fundó exclusivamente el fallo en la consideración de que las disposiciones dictadas por Virginia violaban la 24a Enmienda. El magistrado Harlan se adhirió separadamente a esta opinión. La Corte puso en relieve los términos generales en que está concebida la Enmienda, que prohíbe no sólo la denegación, sino también la limitación del derecho de sufragio.

---

**Comité Judicial del Consejo Privado**

(como instancia superior a la Corte Suprema de Ceilán)

**LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL****THE ATTORNEY-GENERAL OF CEYLON v. LIYANAGE  
AND TEN OTHERS**

*La transferencia de la soberanía en Ceilán no ha tenido por resultado modificación alguna de las atribuciones del poder judicial, que sigue siendo independiente de las autoridades política, legislativa y ejecutiva. La Constitución guarda silencio sobre la asignación del poder judicial y ello está en armonía con la permanencia de éste donde ha estado durante más de un siglo, es decir, a cargo de la Judicatura. La Ley enunciativa de disposiciones especiales de carácter penal y la Ley modificadora del derecho penal, ambas de 1962, tenían manifiestamente por finalidad castigar a individuos concretos y conocidos. Estas leyes adolecían de falta de generalidad y tenían carácter retroactivo. Además, el hecho de que las leyes impusieran a los jueces la obligación de condenar a cada procesado declarado culpable a 10 años de reclusión como mínimo y a la confiscación de sus bienes en todo caso, cualquiera que hubiese sido su participación, intensa o leve, en la conspiración, constituía una injerencia grave y deliberada en la esfera judicial; esta imposición privaba a los jueces de su facultad corriente de apreciación discrecional para determinar las penas. Si las leyes de esta especie fuesen válidas, igual sería transferir la autoridad judicial al poder legislativo. Las leyes mencionadas eran inválidas y, por consiguiente, las condenas impuestas no podían ser mantenidas.*

*Ante* lord MacDermot (presidente de la Corte Suprema de Irlanda del Norte), presidente, y los lores Guest, Morris of Borth-Y-Guest, Pearce y Pearson.

Fallo dictado el 2 de diciembre de 1965.

En el asunto examinado, el Comité Judicial del Consejo Privado anuló las sentencias dictadas contra los once reos condenados en abril de 1964 por la Corte Suprema de Ceilán a causa de su participación en el golpe de Estado a 10 años de reclusión y a la confiscación de todos sus bienes.

Después de un proceso extenso y complicado, los once reos fueron declarados culpables de las tres acusaciones de conspiración destinada a subvertir la Corona y a derrocar el legítimo gobierno de Ceilán.

El debate sostenido en el Consejo Privado se circunscribió a la cuestión preliminar consistente en determinar la validez de dos leyes especiales, ambas de 1962, la Ley enunciativa de disposiciones especiales de carácter penal y la Ley modificadora del derecho penal, con arreglo a las cuales se juzgó y se condenó a los procesados.

Lord Pearce, que leyó el fallo del Consejo Privado, declaró que el 13 de febrero de 1962 el Gobierno de Ceilán expuso detalladamente, en un Libro Blanco, los antecedentes del golpe de Estado y el método seguido para desbaratar las maquinaciones de los conspiradores en el último momento.

En el Libro Blanco se describía la participación que había tenido cada uno de los treinta presuntos conspiradores en la conjura y se citaba nominalmente a todos los acusados.

El Libro Blanco concluía con las observaciones siguientes: "Además, es indispensable que se imponga un castigo disuasivo de carácter severo a todos los que son culpables de esta tentativa destinada a causar sufrimientos y derramamiento de sangre entre la gente inocente de todo el país a fin de lograr fines y objetivos reaccionarios.

"La investigación tiene que alcanzar su finalidad lógica y el pueblo de este país tendrá la seguridad de que el Gobierno cumplirá con la obligación que ha contraído a su respecto."

Lord Pearce hizo notar: "Era evidente que la primera Ley tenía por fin castigar a los participantes en el golpe de Estado de modo retroactivo. La Ley disponía que el ministro de Justicia podía ordenar que los procesados fueran juzgados por tres jueces sin la asistencia de jurado.

"Disponía además que los tres jueces podían ser nombrados por el ministro. La Corte Suprema aceptó una objeción preliminar según la cual era inválida la facultad de nombramiento conferida al ministro; la finalidad de la segunda Ley era disponer que el presidente de la Corte Suprema podía nombrar a los tres jueces."

Los abogados que representaban a los demandantes afirmaron además que las leyes eran incompatibles con la Constitución porque equivalían, en realidad, a una serie de instrucciones en favor de la condena de los reos, o a un designio del poder legislativo, determinado a conseguir su condena y severo castigo; por consiguiente, constituían un ejercicio injustificable de la autoridad judicial por el poder legislativo o bien una injerencia en la esfera judicial, que estaba fuera de la competencia del poder legislativo; las leyes eran incompatibles con la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, prescrita por la Constitución.

Al leer el fallo, lord Pearce hizo observar que la Constitución de Ceilán, dictada en 1946 por Orden del Consejo de Ministros, y la Ley de 1947 que proclamó la independencia de Ceilán tenían conjuntamente por fin, y habían tenido por resultado, conferir al Parlamento de Ceilán todos los poderes legislativos propios de un Estado soberano e independiente.

Ahora bien, al igual que en todos los países de constitución escrita, estos poderes debían ser ejercidos de conformidad con lo dispuesto en el texto del cual derivaban.

En Ceilán la transferencia de soberanía no tuvo por resultado ninguna modificación de los elementos constitutivos o del funcionamiento de la Judicatura. En lo que se refiere a los tribunales, su labor no había sido modificada por la nueva Constitución, en la que se evidenciaba el propósito de mantener

al poder judicial al margen de las influencias políticas, legislativas y ejecutivas.

El hecho de que la Constitución guardase silencio sobre la asignación del poder judicial estaba en armonía con la permanencia de éste donde había estado durante más de un siglo: a cargo de la Judicatura.

Las leyes de 1962 tenían evidentemente por fin castigar a individuos concretos y conocidos, que habían sido nombrados en un Libro Blanco y estaban detenidos hasta que se decidiera su suerte. En las leyes penales mencionadas no se empleaban términos generales, pero este hecho no afectaba necesariamente a la función judicial, y los magistrados del Comité Judicial no estaban dispuestos a aceptar que la disposición adoptada en esta esfera debía usurpar o menoscabar inevitablemente las atribuciones judiciales. Cada asunto tenía que ser resuelto teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias que en él concurrían.

En el asunto examinado los magistrados no tenían ninguna duda de que había habido una injerencia en las funciones del poder judicial.

“El verdadero carácter y el objetivo de estas disposiciones se ponen de manifiesto en su efecto conjunto sobre el proceso, para el cual fueron dictadas y del cual dimana su naturaleza y, en particular, de las modificaciones perseguidas para la obtención de la finalidad suprema: el castigo de los condenados”, manifestó lord Pearce.

“Estas modificaciones constituyen una injerencia grave y deliberada en la esfera judicial. Dicho brutalmente, el objetivo perseguido era lograr que los jueces, al examinar la situación de estas personas, acusadas de delitos concretos, no pudieran ejercer su facultad corriente de apreciación discrecional para determinar las condenas apropiadas.

“Los jueces fueron obligados a condenar a cada procesado declarado culpable a 10 años de reclusión como mínimo y a la confiscación de sus bienes, aunque su participación en la conspiración hubiese sido insignificante.”

Lord Pearce concluyó diciendo: “Si leyes de esta especie fuesen válidas, el poder judicial podría ser absorbido totalmente por el poder legislativo y retirado de los jueces. Nos damos cuenta de que el poder legislativo no tenía básicamente esta intención. Tuvo que enfrentarse con una situación delicada y adoptó medidas graves para resolver los problemas planteados, animado por la convicción, cabe suponer, de que tenía los poderes necesarios para hacerlo, pero obró con ligereza.

“Sin embargo, esta consideración carece de importancia y no confiere validez a actos que violan la Constitución. Si la autoridad lo permite, lo que se ha realizado en una ocasión quizá se haga de nuevo con motivo de una crisis de menor trascendencia y en circunstancias menos graves. Quizá se atente contra el poder judicial. Este atentado estará en pugna con los objetivos claramente enunciados en la Constitución. A juicio de los magistrados presentes, las leyes habían sido dictadas con exceso de poder y eran inválidas.”

Las partes convinieron en que, si las leyes eran inválidas, las condenas no se podían mantener y que, por consiguiente, procedía autorizar la interposición de recursos.

*Nota editorial:*

Las fallos dictados por la Corte Suprema de Ceilán en las últimas fases de este asunto se reseñan en el repertorio de jurisprudencia publicado en el número precedente de esta *Revista* bajo los epígrafes “La independencia del



poder judicial" y "Ley retroactiva y discriminatoria", respectivamente. Véase *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. VI, núm. 2 (invierno, 1965), págs. 365 a 367 y 374 a 376.

---

### Tribunal Supremo de España

## DISTINCION ENTRE EL ULTRAJE A LA NACION Y LA CENSURA AL REGIMEN

MINISTERIO PUBLICO v. JOSE R. M.

(R : 4.772/65)

*La censura dirigida al régimen no puede ser interpretada necesariamente como un ultraje a la nación española. En el campo del derecho penal no se puede confundir los conceptos de Nación, Estado y Régimen. La nación es una alta entidad constituida por variados elementos espirituales y materiales y ha de ser distinguida de los órganos y las personas que asumen su representación dentro del sistema político imperante.*

Presidente: Excmo. Sr. D. Julio Calvillo Martínez.

Sentencia de 25 de octubre de 1965.

En el acto del juicio oral celebrado ante el Tribunal de Orden Público contra el procesado José R. M., el presidente ordenó a un guardia de la Policía Armada que quitara las esposas del procesado. En el momento en que el guardia ejecutaba la orden de la Presidencia, el procesado se levantó y, en tono normal de voz, dijo: "Quiero seguir con las esposas que me sujetan en este régimen que oprime y encarcela a los trabajadores".

El Tribunal condenó al encausado, como autor del delito de ultraje a la nación española, definido en el artículo 123 del Código Penal, a la pena de dos años de prisión menor.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia del Tribunal de Orden Público y absolvió al acusado del delito de autos.

En su sentencia, el Tribunal Supremo hizo notar que en el campo del derecho penal no se puede confundir los conceptos de Nación, Estado y Régimen. Estos conceptos no tienen la misma amplitud. Teniendo en cuenta la ley y las circunstancias del caso, era obligado deducir que el inculcado, simple empleado administrativo, no tuvo ni pretendió tener la intención de que la censura que dirigía al régimen, como representación de una situación política, pudiera ser interpretada como un ultraje a la nación, definida en una

sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 25 de mayo de 1959 (R: 1.797) como una "alta entidad constituida por variados elementos espirituales y materiales".

Para que el acto esté comprendido en el ámbito de las disposiciones penales mencionadas, el Código requiere que se ataque a la nación, y no a los órganos que hoy asumen su representación dentro del sistema político imperante.

Así, no puede hacerse responsable al recurrente del delito por el que ha sido castigado, porque los hechos estimados como probados no pueden revestir la consideración del delito imputado. Estos hechos no pueden constituir tampoco el delito calificado de acto contra la seguridad exterior del Estado, porque el título 1º del libro II se limita a enumerar, entre tales delitos, los de traición, los que comprometen la paz y la independencia del Estado, las violaciones del derecho de gentes y los delitos de piratería.

*Nota editorial:*

Es satisfactorio observar que en la sentencia referida el Tribunal Supremo de España ha determinado el contenido de los conceptos aplicables con claridad y objetividad y se ha ajustado a los criterios judiciales más rigurosos para resolver las cuestiones de derecho planteadas.

---

**Corte Suprema de la Federación de Nigeria**

**EL DERECHO A COMPARECER PERSONALMENTE**

**WILLIAMS v. MAJEDODUNMI**

(1962 1. All N.L.R. 324)

*Todo ciudadano nigeriano tiene derecho a circular libremente por el territorio nigeriano. La circulación o la permanencia de cualquier persona en el interior de Nigeria sólo pueden ser limitadas en aras de la defensa, la seguridad pública, el orden público, la moral pública o la higiene pública. Un abogado al que se aplicó una orden de restricción dictada en aplicación del Reglamento del estado de urgencia presentó judicialmente una petición para impugnar la validez de la orden y expresó el deseo de comparecer personalmente. El interesado no puede ser privado de este derecho a menos que las exigencias del orden público así lo requieran.*

(Los hechos se describen en la pág. 172).

---

## Tribunal de Apelación de Nueva York

**EL DERECHO A UN DEFENSOR: LOS TESTIMONIOS  
DE CARGO HECHOS EN SU AUSENCIA****PEOPLE v. FRIEDLANDER**

(16 N.Y. 2d 248)

*La procesada, después del registro de su domicilio en virtud de un mandamiento válido, confió su defensa a un abogado, que fue autorizado a celebrar consultas con su cliente. Posteriormente, la procesada fue interrogada por un agente de policía en ausencia de su abogado. En el curso del interrogatorio la procesada hizo declaraciones que equivalían a un reconocimiento de culpabilidad, sin que se le advirtiera de antemano que tenía derecho a ser asistida por su abogado, o bien a guardar silencio. El Tribunal decidió que el reconocimiento de culpabilidad había sido aceptado erróneamente como testimonio de cargo y ordenó la práctica de nuevas pruebas.*

Fallo dictado el 24 de noviembre de 1965.

En virtud de un mandamiento válido, el piso donde habitaba la procesada fue registrado en relación con ciertas actividades editoriales; las autoridades recogieron algunos materiales. En la tarde del mismo día la procesada fue interrogada en el despacho del ministerio fiscal. Compareció luego el abogado de la procesada, que pudo entrevistarse con ella; después, el abogado requirió a un agente de policía para que detuviera y procesara a su cliente. El abogado, que no obtuvo ninguna respuesta, abandonó el despacho. En el curso de la noche subsiguiente, el mismo agente interrogó a la procesada en ausencia del abogado y en este interrogatorio la inculpada reconoció que era la propietaria de algunos de los materiales recogidos. Según la declaración tomada, la procesada no había sido advertida de antemano que tenía derecho a ser asistida por su abogado, o bien a guardar silencio; no era evidente tampoco que hubiese solicitado la asistencia de su abogado o se hubiese negado a responder a las preguntas. El Tribunal de Apelación decidió que aceptar como testimonio de cargo el reconocimiento de culpabilidad había sido un error perjudicial para la procesada. Las autoridades, con pleno conocimiento de que la procesada había confiado su defensa a un abogado y de que éste había reclamado la detención y el procesamiento de su cliente, habían obtenido de ella una confesión de culpabilidad después de que el defensor se hubiese ausentado. El Tribunal decidió que se debía formar nuevo proceso.

---

**Corte Suprema de los Estados Unidos de América****EL DERECHO A SER JUZGADO SEGUN EL  
PROCEDIMIENTO DEBIDO****ESTES v. TEXAS**

(381 U.S. 532 - 1965)

*La retransmisión por televisión de un proceso penal, que suscita en el público amplio interés, priva básicamente al acusado del derecho a ser juzgado según el debido procedimiento jurídico.*

El acusado fue procesado por estafa ante un tribunal de distrito de Texas. No obstante sus objeciones, parte del juicio oral y de la investigación preliminar fue retransmitida públicamente por televisión. El procesado, que fue declarado culpable, recurrió ante el Tribunal de Apelación Penal de Texas, que confirmó la decisión adoptada por la instancia sentenciadora. El procesado solicitó a la Corte Suprema de los Estados Unidos que expidiera un mandamiento de *certiorari*. La Corte expidió el mandamiento y anuló posteriormente la condena por considerar que la retransmisión por televisión de la vista del juicio había vulnerado la garantía constitucional relativa al debido procedimiento jurídico, aunque no fuera posible identificar separadamente "ningún perjuicio concreto".

## PUBLICACIONES RECIENTES DE LA COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

### **Revista de la Comisión Internacional de Juristas**

Volúmen VI, Núm. 2 (Invierno 1965): El Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania; Rodesia del Sur y el imperio del derecho; El derecho comparado en la Europa Oriental; Factores adversos al imperio del derecho en Corea; El proyecto de convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa; Repertorio de jurisprudencia basada en el imperio del derecho; Libros de interés.

### **Boletín de la Comisión Internacional de Juristas**

Número 26 (junio 1966): El Coloquio de Ceilán sobre el imperio de la ley; Aspectos del imperio del derecho en el continente americano, Irán, Uganda y la Unión Soviética; Noticias de la Comisión.

Número 27 (septiembre 1966): Aspectos del imperio del derecho en Chipre, España, Indonesia, Malawi, Sudáfrica; Noticias de la Comisión.

### **ESTUDIOS ESPECIALES**

**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 de la historia de Cuba, la tierra, la economía y la población: la cuarta parte consta de 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 los colegios de abogados, la defensa del régimen, la represión de los delitos y apéndices.

**Informe sobre los sucesos ocurridos en Panamá del 9 al 12 de enero de 1964** (mayo, 1964): Un informe del Comité de Encuesta designado por la Comisión Internacional de Juristas.

**Executive Action and the Rule of Law**: informe sobre los debates del Congreso Internacional de Juristas de Río de Janeiro, Brasil, celebrado en diciembre de 1962 (en inglés).

**The Dynamic Aspects of the Rule of Law in the Modern Age**: informe completo sobre los trabajos y conclusiones de la Conferencia de Juristas del sudeste asiático y del Pacífico celebrada en Bangkok, Tailandia, del 15 al 19 de febrero de 1965 (en inglés y francés).

**Los aspectos dinámicos del imperio de la ley en la época moderna**: versión abreviada del informe sobre la Conferencia de Bangkok de febrero de 1965, preparada especialmente para los países de habla española.

**Racial Problems in the Public Service** (octubre 1965): Informe del Comité de encuesta enviado a la Guayana Británica por la Comisión Internacional de Juristas (en inglés).

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 del derecho 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