

REVISTA

DE LA

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

PRIMAVERA-VERANO 1958 *Editor:* NORMAN S. MARSH Tomo I, NUM. 2

- Editorial* LA REGLA DE DERECHO: SU FORMA Y NATURALEZA
- Durga Das Basu* PROTECCION DE LOS DERECHOS CIVILES EN LA INDIA MEDIANTE LA CONSTITUCION
- A. B. McNulty y Marc-André Eissen* LA COMISION EUROPEA DE DERECHOS DEL HOMBRE: PROCEDIMIENTO Y JURISPRUDENCIA
- Stephan Hurwitz* EL COMISARIO PARLAMENTARIO ENCARGADO DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACION CIVIL Y MILITAR EN DINAMARCA
- Pierre Siré* LAS PROFESIONES JUDICIALES Y EL DERECHO: LA ABOGACIA EN FRANCIA
- V. Gsovski, K. Grzybowski e I. Sipkov, editores* EL PROCEDIMIENTO ANTE LOS TRIBUNALES EN UNION SOVIETICA Y EN EUROPA ORIENTAL
- Notas*
- George Dobry* INTERCEPTACION DE LAS COMUNICACIONES TELEFONICAS (LOS TABLEROS DE ESCUCHA): ESTUDIO COMPARADO
- Revista de Libros*
- Helmut Rumpf:* "Regierungsakte im Rechtsstaat; rechtsvergleichende Beiträge zu einer Untersuchung des Verhältnisses von Politik und Recht" ("Actos de Gobierno en un Estado legal; Contribuciones de Derecho Comparado al Estudio de las Relaciones entre la Política y el Derecho")
- Roger Pinto:* "La Liberté d'Opinion et d'Information, contrôle juridictionnel et contrôle administratif" ("La Libertad de Opinión y de Información; Control Juridico-administrativo")
- Gabriël Arias-Salgado:* "Textos de Doctrina y Política de la Información"
-

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS
GINEBRA (SUIZA)

La Comisión Internacional de Juristas es una organización no gubernamental que beneficia del estatuto consultivo, categoría "B" en el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. La Comisión tiene por objeto promover la comprensión y el respeto del Estado de Derecho. Los miembros de la Comisión son:

JOSEPH T. THORSON	Presidente, Ottawa, Canadá
VIVIAN BOSE	Vicepresidente, Nueva Delhi, India
A. J. M. VAN DAL	Vicepresidente, La Haya, Países Bajos
ARTURO A. ALAFRIZ	Manila, Filipinas
GIUSEPPE BETTIOL	Roma, Italia
DUDLEY B. BONSAI	Nueva York, Estados Unidos
PHILIPPE N. BOULOS	Beirut, Líbano
SIR OWEN DIXON	Melbourne, Australia
PER T. FEDERSPIEL	Copenhague, Dinamarca
OSVALDO ILLANES BENITEZ	Santiago, Chile
JEAN KREHER	Paris, Francia
HENRIK MUNKTELL	Upsala, Suecia
JOSE T. NABUCO	Rio de Janeiro, Brasil
PAUL MAURICE ORBAN	Gand, Bélgica
STEFAN OSUSKY	Washington, Estados Unidos
SIR HARTLEY SHAWCROSS	Londres, Inglaterra
KOTARO TANAKA	Tokio, Japón
PURSHOTTAM TRIKAMDAS	Nueva Delhi, India
H. B. TYABJI	Karachi, Pakistán
JUAN J. CARBAJAL VICTORICA	Montevideo, Uruguay
EDOUARD ZELLWEGER	Zurich, Suiza

Secretario General: NORMAN S. MARSH

Secretario Administrativo: EDWARD S. KOZERA

Los artículos firmados expresan las opiniones personales de sus autores; su publicación por la Comisión supone que ésta los considera de interés general, pero sin hacerlos necesariamente suyos en su conjunto. Los artículos sin firma fueron preparados, salvo indicación contraria, por el secretariado de la Comisión.

Los artículos que traten de los aspectos del Estado de Derecho en los diferentes países, serán examinados con vista a su publicación. Deben de estar mecanografiados y ser dirigidos en doble ejemplar al Secretariado General a La Haya.

Publicada dos veces al año en inglés, francés,
alemán y español y distribuida por

LA COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS
VIEJA DIRECCION:
LA HAYA, HOLANDA
47, BUITENHOF

NUEVA DIRECCION:
6 RUE DU MONT-DE-SION
GINEBRA
SUIZA

La Revista está distribuida gratuitamente a los Miembros Apoyantes de la Comisión.

REVISTA

DE LA

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

PRIMAVERA-VERANO 1958 *Editor:* NORMAN S. MARSH TOMO I, NUM. 2

INDICE DE MATERIAS

<i>Editorial</i>	LA REGLA DE DERECHO: SU FORMA Y NATURALEZA	167
<i>Durga Das Basu</i>	PROTECCION DE LOS DERECHOS CIVILES EN LA INDIA MEDIANTE LA CONSTITUCION	172
<i>A. B. McNulty y Marc-André Eissen</i>	LA COMISION EUROPEA DE DERECHOS DEL HOMBRE: PROCEDIMIENTO Y JURISPRUDENCIA	217
<i>Stephan Hurwitz</i>	EL COMISARIO PARLAMENTARIO ENCARGADO DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACION CIVIL Y MILITAR EN DINAMARCA	245
<i>Pierre Siré</i>	LAS PROFESIONES JUDICIALES Y EL DERECHO: LA ABOGACIA EN FRANCIA	266
<i>V. Gsovski, K. Grzybowski e I. Sipkov, editores</i>	EL PROCEDIMIENTO ANTE LOS TRIBUNALES EN UNION SOVIETICA Y EN EUROPA ORIENTAL	291
<i>Notas:</i>		
<i>George Dobry</i>	INTERCEPTACION DE LAS COMUNICACIONES TELEFONICAS (LOS TABLEROS DE ESCUCHA): ESTUDIO COMPARADO	349
<i>Revista de Libros:</i>		
<i>Norman S. Marsh</i>	Helmuth Rumpf. - "Regierungsakte im Rechtsstaat; Rechtsvergleichende Beiträge zu einer Untersuchung des Verhältnisses von Politik und Recht" ("Actos de Gobierno en un Estado legal; Contribuciones de Derecho comparado al estudio de las relaciones entre la Política y el Derecho")	370
<i>Norman S. Marsh y Sompong Sucharitkul</i>	Roger Pinto. - "La Liberté d'Opinion et d'Information, contrôle juridictionnel et contrôle administratif" ("La Libertad de Opinión y de Información; Control jurídico-administrativo")	
	Gabriel Arias-Salgado - "Textos de Doctrina y Política de la Información"	372

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS
GINEBRA (SUIZA)

EDITORIAL

LA REGLA DE DERECHO: FORMA Y NATURALEZA

En un lisonjero comentario respecto al primer número de esta *Revista*, publicado en la *New York University Law Review*,¹ el profesor Olmstead, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, comprueba con razón que debe de existir “un peligro actual y evidente” para que se justifique la publicación de una nueva revista jurídica en un mundo en el que ya abundan las publicaciones de esta índole. El autor halla tal justificación en el poco interés manifestado en el plano internacional por la cuestión de saber cómo un Estado administra la justicia con respecto a sus propios súbditos. Sin embargo, el objetivo de nuestra *Revista* es llegar hasta los numerosos juristas del mundo entero – y asimismo a todos cuantos, sin serlo, se interesan por la administración de la justicia y tienen plena conciencia de sus responsabilidades en este dominio – que no tienen tiempo ni ocasión de extender aún más la lista ya larga de sus lecturas. Es por esto por lo que los redactores de esta *Revista* deben tener como preocupación constante el velar porque las cuestiones tratadas en la misma y la manera de estudiarlas se refieran directamente, y de manera inmediata, a problemas más vastos y más esenciales que los tratados de ordinario en las revistas jurídicas científicas o profesionales. Con este propósito, puede resultar útil examinar los principios fundamentales que se encuentran en el presente número y resumir brevemente cuál es el alcance de cada artículo.

El tema general de esta *Revista* es la Regla de Derecho. Esta se definió en el primer número como “la adhesión a esas instituciones y procedimientos, no siempre idénticos pero en numerosos puntos similares, que mediante la experiencia y la tradición de los diferentes países del mundo, ellos mismos a menudo con estructuras políticas y bases económicas diferentes, se han evidenciado esenciales para proteger al individuo contra un gobierno arbitrario y para permitirle gozar de su dignidad de hombre”. No se puede, empero, contentarse con encerrar una noción tan importante como la de la Regla de Derecho en los límites de una fórmula; por lo tanto, intentaremos analizar aquí ciertos aspectos de esta definición, que ofrecen un interés particular para este número de la *Revista*.

En primer lugar, es necesario subrayar las últimas palabras de la definición. La Regla de Derecho no es, en el sentido que se le da

¹ Vol. 33, no 2 (Febrero de 1958), pág. 256.

aquí y en último análisis, una concepción puramente formal y técnica, sino que supone *a priori* la aceptación, en la estructura del gobierno y en el sistema jurídico, de determinados valores humanos fundamentales. (Poco importa, por otra parte, que esta aceptación se halle o no en la Constitución, o que esta Constitución pueda o no ser objeto de un control jurisdiccional.) En segundo lugar, se deduce que el sistema jurídico, por completo que sea, no se ajustará a la Regla de Derecho más que si todos cuantos están encargados de su aplicación, en todos los grados, aceptan ellos mismos esos valores no sólo a causa de la obligación impuesta por la ley, sino asimismo por la fuerza de la opinión pública, de las tradiciones profesionales y de su propia disciplina moral. Y en tercer lugar, continúa siendo cierto que es en materia de procedimiento y de instituciones legales — y tal vez más especialmente en el dominio del Derecho penal, en el que los valores humanos fundamentales están en juego — donde se ve más claramente el papel de la Regla de Derecho. De hecho, en cierta medida resulta falso hablar a este respecto de “procedimiento”, como si todo lo que se halla en juego fuese el buen funcionamiento de un engranaje particular del aparato gubernamental o legislativo, sin tener en cuenta el objetivo con el que se utiliza ese engranaje. Efectivamente, las reglas de procedimiento que acabaron siendo aceptadas por las naciones civilizadas por resultar esenciales para asegurar un “proceso honrado”, no son producto del cerebro de un técnico del Derecho: son, por el contrario, consecuencia de dos ideas morales que constituyen la base de una cierta concepción de la “sociedad libre”, es decir, de una parte la dignidad absoluta del individuo y de otra la ineluctabilidad del error humano. Teniendo en cuenta que la Regla de Derecho no puede ser disociada de los valores individuales, a fin de cuentas resulta necesario añadir que siempre existirán casos en los cuales será preciso hacer un examen crítico de las reivindicaciones de una persona considerada individualmente, así como de las reivindicaciones de una colectividad de individuos en la sociedad organizada. Generalizar resultaría de escaso valor, pero pueden alcanzarse buenos resultados gracias a estudios comparativos positivos de cada zona de conflictos.

El Sr. Basu, distinguido autor de un importante comentario sobre la Constitución de la India,² estudia en su artículo los valores humanos proclamados por dicha Constitución, así como los procedimientos esenciales establecidos tanto por la ley como por las decisiones de los tribunales con el objeto de asegurar esos valores. En el plano internacional, los señores McNulty y Eissen, funcionarios de la dirección de los Derechos del Hombre del Consejo de

² D. D. Basu: *Commentary on the Constitution of India*, 3ª edición, Calcuta, junio de 1955 (vol. I) y marzo de 1956 (vol. II). Esta obra no se limita a exponer el Derecho hindú, sino que examina también las leyes similares de otros países.

Europa, ponen de manifiesto las principales disposiciones del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, describen el procedimiento mediante el cual son tramitados y presentados a la Comisión Europea de Derechos del Hombre los casos de infracción de esos derechos y resumen las decisiones de la misma, decisiones poco conocidas hasta entonces, mas no obstante extremadamente interesantes. En un reciente e interesantísimo estudio sobre los Derechos del Hombre y las Naciones Unidas, otro autor hindú³ describió el Convenio Europeo de Derechos del Hombre como "el comienzo y no el fin de una evolución". "Es una tentativa con vistas a restaurar sobre el plano regional principios que ofrecen un incierto futuro en las Naciones Unidas. Examinado desde este ángulo, el Convenio será siempre un acuerdo internacional de primera importancia. Sus inconvenientes no son otros que los límites generales al desarrollo del Derecho internacional en el cuadro del concepto tradicional de soberanía nacional."

El profesor Hurwitz, primer titular de la importante función de *Ombudsmand* en Dinamarca - función que existe, con formas distintas, asimismo en Finlandia y Suecia, y que tal vez muy pronto se introduzca también en Noruega - muestra cómo las ideas que son la base misma de la Regla de Derecho pueden ser desarrolladas merced a los métodos que refuerzan y completan, sin tratar de suplantarlos, el control jurídico ejercido por los tribunales. Puede establecerse una interesante comparación entre esta institución danesa y la "Prokuratura" (Fiscalía del Estado) de la Unión Soviética, tal como fué descrita en el primer número de esta *Revista*. Otra institución frecuentemente olvidada en los estudios clásicos referentes a la Regla de Derecho, no obstante existir con diversas formas en todos los sistemas jurídicos evolucionados, es el Colegio de Abogados. El primer número de nuestra *Revista* ofreció una descripción de las características y de la influencia del Colegio de Abogados en Inglaterra; el Sr. Siré, antiguo presidente del Colegio de Abogados de Burdeos, define ahora la situación de la abogacía en Francia y, por tal motivo, su artículo constituye una introducción muy instructiva al estudio del sistema judicial francés, que sin duda alguna resultará de gran interés para los juristas del "Common Law".

Anteriormente hemos mencionado los trabajos, hasta el presente inacabados, de las Naciones Unidas en el dominio de los Derechos del Hombre. Pero, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que la Comisión de Derechos del Hombre de las Nacio-

³ R. Chakravarti: *Human Rights and the United Nations*, Calcuta, 1958.

⁴ Véase *United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Fourteenth Session, Item 9 of the Provisional Agenda, Document E/CN.4/765*, 5 de marzo de 1958. El redactor-jefe de esta *Revista* asistió a ese seminario en calidad de representante de la Comisión Internacional de Juristas, invitado como observador.

nes Unidas ha cargado últimamente, el acento cada vez más sobre lo que numerosos juristas consideran como los dominios más concretos del Derecho penal y del procedimiento de lo criminal. Por ejemplo, recientemente se celebró con gran éxito en Baguio - Filipinas - un seminario regional sobre "La protección de los Derechos del Hombre en el Derecho penal y en el procedimiento de lo penal",⁴ seminario patrocinado por las Naciones Unidas que se repetirá en otras regiones. En el contexto de esta evolución, el lector conocerá tres capítulos de una obra de conjunto, de próxima aparición, que trata sobre "El Gobierno, el Derecho y los Tribunales en Unión Soviética y en Europa Oriental". Resulta particularmente interesante señalar lo que en esta obra es descrito como procedimiento de lo penal *de facto* en Unión Soviética, cuya existencia sólo puede ser demostrada mediante un atento estudio de los discursos y artículos recientemente publicados en esos últimos países. Puede añadirse que en un reciente artículo enviado a *Harvard Law Record* y publicado en su número del 1 de mayo de 1958,⁵ el profesor Karev, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Moscú, expresa la opinión de que "la legislación penal que en la actualidad se halla en vigor en la URSS . . . está, en su conjunto, considerablemente superada", y declara que "ciertos órganos particulares elaboran en la actualidad los principios del Derecho penal soviético comunes a todas las Repúblicas de la Unión y cada República prepara ahora su propio Código penal.

El comentario sobre los cuadros de escucha, publicado como conclusión y que ofrece numerosos informes hasta el presente difícilmente accesibles, así como la revista de libros referentes a las cuestiones de libertad de expresión y actos gubernamentales, pueden servir para ilustrar las dificultades y peligros que surgen cuando la libertad de los individuos en el seno de una sociedad choca con la interpretación que las autoridades dan de la libertad de los miembros de esa sociedad considerada en su conjunto. Se trata de problemas que un Estado autoritario intenta resolver negándose pura y simplemente a reconocer la existencia de tal conflicto. Pero, en todo Estado que proclame su respeto por la Regla de Derecho, esos

⁵ El profesor Harold J. Berman, conocido especialista norteamericano de Derecho soviético, añade un comentario en el cual, al mismo tiempo que acoge con satisfacción el reconocimiento por parte del profesor Karev de las garantías de procedimiento y de las garantías jurídicas elementales en el curso de un proceso — entre las cuales, según los propios términos del autor soviético, "el enjuiciamiento de todos los procesos criminales por órganos jurisdiccionales regulares" —, llama la atención sobre el hecho de que en el artículo en cuestión del profesor Karev no se menciona la supresión, mediante una reciente ley, de los campos de trabajos forzados, así como tampoco otra ley, promulgada hace poco tiempo en ciertas Repúblicas, que permite a los órganos locales exilar "los elementos antisociales y parasitarios".

problemas existen, resultan urgentes y reaparecen constantemente. Y sólo pueden ser solucionados si se tiene conciencia de ellos cada vez que surjan, para poder discutirlos completa y francamente.

NORMAN S. MARSH

PROTECCION DE LOS DERECHOS CIVILES EN LA INDIA MEDIANTE LA CONSTITUCION

1. Introducción	173
2. Derecho a la igualdad	175
3. Libertad de palabra y de expresión	178
4. Libertad de reunión	189
5. Libertad de asociación	193
6. Libertad de circulación y de residencia	196
7. Derecho a la propiedad	199
8. Libertad en la elección y ejercicio de la profesión	203
9. Seguridad personal	206
10. Libertad de religión	210
11. Garantías legales en un proceso criminal.	213
12. Prohibición del trabajo forzado	215

INTRODUCCION

El lugar que ocupan los principios del Pacto de los Derechos del Hombre¹ en la Constitución de la India, ofrece por sí mismo una idea bien clara de la sabiduría y liberalismo de los autores de la misma. Y sobre todo si se recuerda que el proyecto de Constitución fué redactado ya en 1948 y definitivamente ultimado en el curso del tercer trimestre de 1949.

Desde que Dicey comparó el sistema inglés del *Common Law*, que protege directamente los derechos individuales, con el sistema continental, que proclama esos derechos en la Constitución,² éste último se ha extendido cada día más, y los modernos constitucionalistas – aparte los de Inglaterra – apenas dudan de la utilidad de tales declaraciones. Este criterio fué admitido por las Naciones Unidas en la Comisión de Derechos del Hombre, pero el problema que inquietó a Dicey a este particular sigue siendo tan actual ahora como lo era en 1885. Dicey señaló sobre todo la importancia de los recursos jurisdiccionales propios a asegurar el respeto de esos derechos, en oposición a su simple enumeración en la declaración misma. La necesidad de esta garantía por vía de recurso jurisdiccional queda reconocida merced al Artículo 8 de la Declaración Universal:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la constitución o por la ley.”

El proyecto de Pacto relativo a los Derechos civiles y políticos, elaborado por la Comisión de Derechos del Hombre en 1952 (Artículo 3), repite esa garantía:

¹ El autor de este artículo se propone comparar las disposiciones de la Constitución de la India referentes a los derechos civiles con las disposiciones similares de tres documentos internacionales: la Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948), el Pacto de Derechos del Hombre (1950) y el Proyecto de Pacto relativo a los Derechos civiles y políticos (1952). (Véase *Yearbook on Human Rights*, 1952, págs. 424—427.)

² Dicey: *Law of the Constitution*, 1ª edición, 1885; véase págs. 197—198 de la 9ª edición, 1952. La Constitución de la India garantiza un determinado número de derechos individuales, agrupados en la III Parte de la misma con el título general de “Los derechos fundamentales”. En el presente artículo examinaré aquellos derechos que parecen pertenecer a la categoría de los “derechos civiles”, de acuerdo con el Pacto de Derechos del Hombre y el Proyecto de Pacto relativo a los Derechos civiles y políticos.

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen:

- a) a garantizar un recurso útil a toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, incluso cuando la violación fué cometida por personas actuando en el ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso jurisdiccional y a garantizar que las autoridades competentes — políticas, administrativas o judiciales — estatuirán sobre los derechos de la persona que establece el recurso...”³

Es un hecho patente que los autores de la Constitución de la India han comprendido plenamente la extrema importancia de los recursos jurisdiccionales para asegurar el respeto de los derechos fundamentales; en efecto, no sólo han planteado de manera expresa como principio que toda ley que ignore uno de los principios fundamentales será nula (Artículo 13), sino que incluyeron asimismo en la Constitución ciertos recursos extraordinarios, para asegurar el respeto de esos derechos contra todo acto del Estado, del legislativo o del ejecutivo. Además, el derecho mismo de emplear esos recursos está igualmente garantizado por la Constitución, de tal manera que sólo una enmienda a la misma puede retirar a los tribunales superiores, es decir a la Suprema Corte y las Cortes Superiores, el poder — que les concede los Artículos 32 y 226 — de emplear estos recursos constitucionales para asegurar la protección de los derechos individuales garantizados por la Constitución. Los tribunales han declarado inequívocamente que no podían negarse a reconocer el recurso constitucional apropiado, allí donde un derecho fundamental ha sido violado.⁴

No disponemos de espacio suficiente para estudiar aquí estos recursos constitucionales, pero es necesario decir que éstos consisten en lo que ahora se denomina en Inglaterra “prerogative orders”, a saber: *mandamus prohibition, quo warranto and certiorari*, así como el acta de *habeas corpus*. A este respecto, los tribunales indios han recibido una competencia más elástica y mucho más eficaz que en Inglaterra, puesto que no sólo han sido habilitados para dictar “prerogative orders”, sino también a dar toda directiva u orden de esta clase que pueda ser considerada como justa y apropiada a las circunstancias de cada asunto, sin ser obstaculizada por el tecnicismo de las “orders” inglesas.⁵

No menos importante que la disposición referente a los recursos es la definición de las restricciones a excepción de las cuales puede disfrutarse de los derechos anunciados. Efectivamente, desde la desaparición del culto del *laissez-faire* y de la aparición del Estado-

³ *Yearbook on Human Rights, 1952*, pág. 425.

⁴ *Rashid Ahmed contra Municipal Board*, (1950) S.C.R. 566, Himatlal c. State of M.P., (1954) S.C.R. 1122.

⁵ *Basappa c. Nagappa*, A.I.R. 1954 S.C. 440.

Providencia (*Welfare State*), se admite en general que el individuo no puede tener ningún derecho absoluto e ilimitado en no importa que dominio, y que el bienestar del individuo como miembro de una colectividad reside en un feliz compromiso entre sus derechos fragmentarios como individuo y los intereses de la sociedad a la que pertenece. Los derechos mismos no son protegidos, salvo si existe una disposición que prevea el control y reglamentación de los derechos de cada individuo en interés de todos. Los autores de la Constitución de los Estados Unidos se contentaron con proclamar esos derechos. Pertenecía al Poder judicial el extraer diversas doctrinas que permitieran armonizar los derechos individuales con los colectivos. La Comisión de Derechos del Hombre, después de haber redactado la Declaración Universal, comprendió la importancia que tenía definir los límites precisos que legítimamente podrían ser impuestos por los Estados, en lugar de dejarlos establecer por la voluntad incontrolada de estos últimos. Y es por esto que se elaboró el Pacto de Derechos del Hombre.

Los autores de nuestra Constitución han comprendido asimismo la importancia de definir los límites precisos, en vez de dejar a los tribunales imaginar vagas doctrinas como la del "poder de la policía" o la de las "garantías de procedimiento" para luchar contra el propio "poder de la policía". El Artículo 19 de la Constitución de la India, que garantiza siete importantes derechos civiles, comprende dos partes: una que enuncia los derechos mismos y otra que enumera con precisión las restricciones que pueden ser impuestas por el Estado al ejercicio de cada uno de esos derechos. Nuestra Suprema Corte planteó en seguida como principio que las restricciones enumeradas en dicho artículo son limitativas y que los tribunales no pueden admitir la validez de una medida restrictiva del Estado por otros motivos que los precisados en el propio Artículo 19.⁶

Antes de examinar los derechos civiles propiamente dichos, garantizados por el Artículo 19, vamos a estudiar el derecho fundamental a la igualdad ante la ley.

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

La garantía prevista en el Artículo 14 de la Constitución de la India corresponde a la del Artículo 20, párrafo 1, del Pacto de Derechos del Hombre:

Art. 20, pár. 1 del Pacto

Art. 14 de la Constitución de la India

"Todos son iguales ante la ley y "El Estado no negará a nadie la

⁶ *Chiranjit Lal c. Union of India*, A.I.R. 1951 S.C. 41 (56).

tienen derecho a igual protección ante la ley."⁷

igualdad ante la ley o una igual protección de las leyes en el interior del territorio de la India."

La igualdad ante la ley es en la India una realidad, en la medida en que la ley reconoce que no existen clases privilegiadas y que todas las personas, sin consideración de raza, religión, riqueza, situación social o influencia política, tienen derecho a intentar una acción en justicia o ser objeto de diligencias judiciales, de emprender una acción o ser objeto de diligencias de carácter penal por los mismos actos, de acuerdo con el derecho común del país. La única inmunidad de jurisdicción que existe es la de los dirigentes del Estado, es decir, la del presidente de la República o la del gobernador de un Estado, inmunidad prevista por el Artículo 361 de la Constitución. El solo perjuicio posible que puede resultar para un individuo como consecuencia de esta inmunidad es sin embargo evitado, puesto que ese mismo artículo declara que la inmunidad personal anteriormente señalada no evita el que pueda emprenderse una acción judicial contra el propio gobierno. Por lo que se refiere a los funcionarios, resulta muy significativo notar que la ley no exime a un funcionario de las obligaciones de derecho común y que, salvo ciertas excepciones previstas por la misma ley para proteger a los funcionarios que cumplen de buena fe sus funciones contra los procesos abusivos, aquellos pueden ser juzgados por los actos ilegales que hayan cometido por los mismos tribunales que los demás ciudadanos. Ejemplos de estas garantías de procedimiento pueden hallarse en el Artículo 80 del Código de Procedimiento Civil de 1908, el cual exige que antes de la iniciación de una acción civil se notifique previamente a la administración, así como en el Artículo 197 del Código de Procedimiento Penal de 1898, donde se prevé la autorización del gobierno para toda diligencia de carácter penal emprendida contra un funcionario.

La disposición relativa a la igualdad de protección ante la ley ha sido objeto, en gran número de casos, de una interpretación semejante a la que dió la Corte Suprema de los Estados Unidos de la Enmienda XIV de la Constitución norteamericana. Es así que se juzgó que una ley no puede establecer privilegios y obligaciones para personas de la misma condición.⁸ En otros términos: el legislativo no puede establecer discriminación entre una persona y otra, si una situación es la misma con respecto a lo que ha sido objeto de una reglamentación legislativa.⁹

La garantía enunciada anteriormente no excluye, empero, que el Estado tenga la posibilidad de verificar una clasificación de las

⁷ Este derecho se encuentra en el Artículo 7 de la Declaración Universal.

⁸ *State of W.B. c. Anwar Ali*, (1952) S.C.R. 284.

⁹ *Chiranjit Lal c. Union of India*, (1950) S.C.R. 869.

personas por motivos legítimos, si esta clasificación está basada en una distinción real y positiva que tenga una relación racional y justa con el objetivo que se quiere alcanzar. El Legislativo, que tiene que conocer los diversos problemas que surgen de la infinita variedad de las relaciones humanas, debe necesariamente estar dotado del poder de hacer leyes especiales para alcanzar objetivos particulares, siendo por esto por lo que tiene que estar investido de poderes extensos para seleccionar o clasificar las personas y las cosas que caen en el campo de aplicación de tales leyes.¹⁰ Esta clasificación racional puede basarse sobre diferencias geográficas¹¹ o sobre diferencias referentes a la naturaleza¹² o duración del comercio o profesión que se intenta reglamentar por vía legislativa.¹³

El régimen especial puede incluso tener por fundamento diferencias de grado en el perjuicio colectivo, de manera que el legislativo puede introducir una reforma progresivamente, como, por ejemplo, aplicar la medida legislativa, en primer lugar, a ciertas instituciones o cosas, o a ciertas regiones particulares, teniendo únicamente en cuenta las exigencias de la situación.¹⁴ El Legislativo puede asimismo reglamentar sólo las formas más graves de un perjuicio, y una medida legislativa de esta índole no puede ser criticada como inconstitucional con el pretexto de que no reglamenta todas las formas del perjuicio.¹⁵

Sin embargo, cuando una ley pone claramente de manifiesto que el Legislativo ni tan siquiera ha intentado establecer una clasificación, sino que ha elegido a un individuo o a un grupo determinado, sin que nada distinga de manera particular a este individuo o a este grupo, con el objetivo de otorgar un privilegio o bien de imponer una carga, los tribunales no dudarán en anular esa ley por ser contraria a la garantía de igualdad ante la ley.¹⁶ El resultado será el mismo si el Legislativo autoriza al Ejecutivo o hacer tal elección con vistas a establecer un régimen especial, sin darle ningún principio director ni ninguna regla para efectuar esa elección o esa diferenciación.¹⁷ La discriminación puede ser resultado de la aplicación de una ley especial de procedimiento que acarree perjuicio a un acusado o a cualquier otra persona susceptible de ser inculpada. Así, si una ley habilita al Ejecutivo para que pueda aplicar discrecionalmente a personas que se hallan en la misma situación un

¹⁰ *Ameeroonissa c. Mahboob*, (1953) S.C.R. 404.

¹¹ *State of Punjab c. Ajaib Singh*, (1953) S.C.R. 254.

¹² *Ramjilal c. Income-tax Officer*, (1951) S.C.R. 127

¹³ *State of Bombay c. Balsara*, (1951) S.C.R. 682.

¹⁴ *Biswabhar c. State of Orissa*, (1954) S.C.R. 842.

¹⁵ *Sakhwant c. State of Orissa*, (1955) 1 S.C.R. 1004.

¹⁶ *Ram Prasad c. State of Bihar*, (1953) S.C.R. 1129.

¹⁷ *Saghir Ahmad c. State of U.P.*, (1955) 1 S.C.R. 707; *State of W.B. c. Anwar Ali* (1952) S.C.R. 284.

procedimiento (por ejemplo, con el objetivo de buscar los delitos o establecer los ingresos de esas personas) sensiblemente diferente del procedimiento de derecho común previsto por la ley general — que habría de haberse aplicado —, entonces esa ley será anulada por la Suprema Corte.¹⁸

La aplicación más interesante del principio de la igualdad de protección ante la ley en la India, es tal vez la hecha por la Suprema Corte en el asunto *Ram Prasad contra Estado de Bihar*.¹⁹ Los autores de la Constitución india no estimaron necesario incluir en la misma la prohibición expresa de adoptar una ley sobre “la muerte civil”, probablemente porque suponían que esa plaga había desaparecido desde hacía mucho tiempo del mundo democrático. En el asunto *Ram Prasad*, la Suprema Corte de la India halló que la amenaza se producía en forma diferente, y gracias a su perspicacia no perdió el tiempo para liquidar el asunto aplicando el principio de la igualdad ante la ley de manera ingeniosa, rechazando de esta manera el parecer contrario expresado por la Corte Superior. En este asunto se daba el caso siguiente: la Asamblea legislativa de un Estado votó una ley declarando que la cesión de tierras pertenecientes a un propietario privado en favor de un arrendatario “será nula e inaceptable”. La cuestión de saber si un arriendo es válido o no constituye, evidentemente, una diferencia de orden privado que debe ser resuelta por los tribunales de derecho común. Si la ley, objeto del litigio, no hubiera sido adoptada, la diferencia habría sido resuelta en tal caso por un tribunal. La Suprema Corte decidió que la Asamblea legislativa no podía hacer distinción y privar al arrendatario de su derecho a que la diferencia fuese resuelta por un tribunal, al igual que todos los demás arrendatarios de la tierra en cuestión. Al obrar de esa manera, la Asamblea legislativa había adoptado una ley que resultaba manifiestamente discriminatoria, por lo que la Corte Suprema la declaró nula y colocó a las partes en la situación que les correspondía en virtud del derecho común. El principio de la igualdad de protección ante la ley es incompatible con una legislación especial promulgada en beneficio de tal o cual individuo particular.

LIBERTAD DE PALABRA Y DE EXPRESION

Resulta interesante comparar el texto del Artículo 19, párrafos 1(a) y 2, de la Constitución de la India con el del Artículo 16, párrafos 2 y 3, del Proyecto de Pacto relativo a los Derechos civiles y políticos:²⁰

¹⁸ *Suraj Mall c. Visvanath*, (1955) 1 S.C.R. 448; *Muthisah c. Commr. of I.T.*, (1955) 2 S.C.R. 1247.

¹⁹ *Ram Prasad c. State of Bihar*, (1953) S.C.R. 1129.

²⁰ *Yearbook on Human Rights*, 1952, pág. 427.

Artículo 16, párrafos 2 y 3 del Proyecto de Pacto

"(2) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho incluye la libertad de buscar, recibir y propagar informaciones e ideas de toda clase, sin consideración de fronteras, en forma oral, escrita, impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección.²¹

(3) El ejercicio de las libertades previstas en el párrafo precedente acarrea deberes especiales. En consecuencia, puede ser sometido a ciertas restricciones, que, no obstante, deben ser expresamente establecidas por la ley, y que son necesarias: 1) el respeto de los derechos o de la reputación de otro; 2) la salvaguardia de la seguridad nacional, del orden público, de la salud o de la moral pública."

Artículo 19, párrafo 1(a) de la Constitución de la India

"19 (1)(a) Todos los ciudadanos tendrán derecho a expresarse libremente.

(2) Nada del párrafo (1)(a) del presente Artículo afectará a la aplicación de toda ley existente, ni impedirá al Estado hacer cualquier ley, en la medida en que esta ley imponga al ejercicio del derecho previsto en el párrafo precedente ciertas restricciones razonables en interés de la seguridad del Estado, de las relaciones amistosas con los Estados extranjeros, del orden público, de la decencia o de la moralidad, o cuando se trate de ultraje al tribunal, de difamación o incitación a cometer un delito."²²

La Suprema Corte atribuyó a la garantía contenida en el párrafo 1(a) que acabamos de mencionar el mismo campo de aplicación que al de la disposición equivalente del Pacto, y precisó que la libertad de expresión suponía la libre difusión de las ideas, su libre publicación y circulación,²³ y que esta libertad se extendía a todos los medios de expresión, como la palabra, el texto escrito o impreso, o cualquier otra manifestación que se dirija, sea a los ojos, sea a los oídos.²⁴

Toda restricción impuesta a la libertad anteriormente mencionada, es ante todo anticonstitucional, a menos que pueda justificarse mediante la cláusula limitativa, es decir, por la disposición del párrafo 2. Esta disposición no autoriza al Estado a imponer restricciones a la libertad de expresión más que a causa de determinados motivos bien definidos, de tal manera que si en un asunto dado no puede demostrarse razonablemente²⁵ que la ley restrictiva se justifica por uno de esos motivos, dicha ley debe ser declarada nula.²⁶

En el texto original de Constitución, los motivos de restricción son: la difamación, el ultraje al tribunal; las buenas costumbres o la

²¹ El Artículo 19 de la Declaración Universal está redactado en términos un poco distintos, pero en substancia el contenido es el mismo.

²² El texto citado anteriormente es el del párrafo 2 del Artículo 19, tal como fué enmendado por la Ley constitucional (Primera enmienda), 1951.

²³ *Ramesh Thappar c. State of Madras*, (1950) S.C.R. 594.

²⁴ *State c. Baboc Lal*, A.I.R. 1956 All. 571 (574).

²⁵ *Sodhi Shamser c. State of Pepsu*, A.I.R. 1954 S.C. 276.

²⁶ *Ramesh Thappar c. State of Madras*, (1950) S.C.R. 594.

moralidad; la seguridad del Estado.²⁷ La reforma de la Constitución, en 1951, introdujo algunos motivos suplementarios: las relaciones amistosas con los Estados extranjeros, el orden público la incitación a cometer un delito. Pero, mientras la reforma ha limitado, mediante esos nuevos motivos, el campo de aplicación de esta libertad sobre un punto, reforzó, por otra parte, esa misma libertad de manera muy substancial al someter su aplicación al control de los tribunales. La modificación ha sido verificada mediante la adición del calificativo "razonable" a la palabra "restricción". Como la expresión "razonable" no figuraba en la primera redacción del Artículo, los tribunales no tenían poderes para invalidar una ley que limitase la libertad de expresión con el pretexto que las disposiciones de esa ley no eran razonables del punto de vista del procedimiento, o que las restricciones que eran impuestas a la libertad de expresión por la ley resultaban excesivas o arbitrarias. El único motivo por el que los tribunales podían intervenir, hasta 1951, era que tal o cual restricción particular no se justificaba por ninguno de los motivos precisados en la primera redacción de la disposición del párrafo 2.

No siendo posible exponer aquí todos los motivos que justifican las restricciones, limitémonos a señalar algunos y explicar cuales son los límites legítimos de la ingerencia del Estado en este dominio. Es así que, en interés del *orden público*, el Estado puede prohibir o sancionar los discursos que inciten a las personas empleadas en los servicios vitales del aparato administrativo²⁸ a negarse a trabajar o a quebrantar la disciplina;²⁹ o a expresar opiniones que hieran los sentimientos religiosos de una clase de la población.³⁰ Para impedir que el orden público sea perturbado en períodos excepcionales — por ejemplo, cuando se producen disturbios en una localidad —, también puede imponerse restricciones temporales a la publicación de cierta categoría de informaciones en los periódicos.³¹ Sin embargo, todas estas restricciones están sometidas al control de los tribunales, control cuya importancia podemos explicar examinando ciertas cuestiones interesantes.

Incitación a la desobediencia al gobierno

Una cuestión bastante compleja que ha sido discutida por los tribunales de la India desde que los británicos se fueron, es la de saber si el simple hecho de incitar a la desobediencia o alentar los

²⁷ Véase Basu: *Commentary on the Constitution of India*, 3ª edición, Vol. I, pág. 150.

²⁸ *Bihar Essential Services Maintenance Act* (Ley del Estado de Bihar relativa a los servicios públicos esenciales), 1948.

²⁹ *State c. Ramanand*, A.I.R. 1956 Pat. 188.

³⁰ *Ramji Lal c. State of U.P.*, A.I.R. 1957 S.C. 620.

³¹ *Virendra c. State of Punjab*, (1957) S.C. (Petns. 95 y 96/97).

sentimientos de hostilidad contra el gobierno que se halla en el poder es punible en virtud de la ley. Desde la entrada en vigor de la Constitución se planteó otro problema: el de saber si una ley que prevea tal sanción es o no anticonstitucional.

El Artículo 124A del Código Penal de la India define el crimen de "sedición" de la manera siguiente:

"Todo el que, mediante palabras... o de cualquier otro modo, incite o intente incitar al odio o al desprecio, o incite o intente incitar a la desobediencia hacia el gobierno establecido legalmente en la India, será castigado..."

"Explicación n° 1. — La expresión 'desobediencia' se extiende a la deslealtad y a todos los sentimientos de hostilidad."

En 1942, la Corte Federal³² dió un gran paso hacia adelante en el cuadro de la legalidad al decidir que el simple hecho de criticar o incluso ridiculizar al gobierno no constituía un delito, a menos que este acto no hubiese sido cometido con el propósito de "minar el debido respeto al gobierno de tal manera que el pueblo cese de obedecerle y de obedecer a la ley, y que sólo la anarquía puede ser el resultado de esta situación". En resumen: según la opinión de la Corte Federal, la intención de crear desórdenes o de incitar a la violencia constituía un elemento esencial del delito previsto por el Artículo anteriormente citado. Pero, en apelación, el Consejo Privado, *Privy Council*,³³ rechazó la decisión de la Corte Federal y juzgó que el delito definido por dicho Artículo no estaba necesariamente ligado a la perpetración de actos de violencia o que engendren desórdenes.

Después de la entrada en vigor de la Constitución, la Corte Superior de Pendjab³⁴ decidió que el Artículo 124A del Código Penal era anticonstitucional en la medida en que las restricciones que imponía no se justificaban por uno de los motivos definidos en el párrafo 2 del Artículo 19 de la Constitución. Con anterioridad a la reforma constitucional de 1951, esta disposición no mencionaba el "orden público". La expresión correspondiente era: "que atente contra la seguridad del Estado". La Suprema Corte ya había juzgado³⁵ que la simple incitación a la desobediencia o a sentimientos de hostilidad contra el gobierno podía no resultar necesariamente un atentado contra la seguridad del Estado; es por tal motivo por lo que la Corte Superior de Pendjab³⁶ había llegado lógicamente a la conclusión de que el Artículo 124A del Código Penal no caía dentro

³² *Niharendu c. Emp.*, (1942) 46 C.W.N. (F.R.) 9.

³³ *Sadashiv c. Emp.*, (1947) 74 I.A. 89.

³⁴ *Master Tara Singh c. State*, (1951) 6 D.L.R. 82 (Simla).

³⁵ *Romesh Thappar c. State of Madras*, (1950) S.C.R. 594 (602).

³⁶ *Master Tara Singh c. State*, (1951) 6 D.L.R. 82 (Simla).

del campo de aplicación de la disposición limitativa del párrafo 2 del Artículo 19.

La modificación introducida en 1951 en el párrafo 2 del Artículo 19 suponía, al mismo tiempo, un paso hacia adelante y un paso hacia atrás. Un paso hacia adelante por haber introducido las palabras "restricciones razonables" y otorgar así a los tribunales el derecho de examinar las leyes limitando la libertad de expresión; un paso hacia atrás por resultar más limitativa en la medida en que introdujo nuevos motivos de restricción, por ejemplo, el orden público y la incitación a cometer un delito. El sentido de la expresión "en interés del orden público" fué discutido recientemente por la Suprema Corte.³⁷ Se trataba de decidir sobre la constitucionalidad de la disposición del Artículo 295 A del Código Penal de la India. Este Artículo sancionaba como delito el hecho de pronunciar palabras "con intención deliberadamente malévola de ofender los sentimientos religiosos de un grupo de ciudadanos de la India". La Suprema Corte estimó que el hecho de incitar a una persona a abandonar su religión tenía por objetivo inmediato provocar desórdenes públicos si existía la intención deliberadamente malévola de ofender los sentimientos religiosos de un grupo de personas. Por lo que se refiere a la interpretación de la expresión "en interés del orden público", la Suprema Corte hizo suya la opinión emitida por la Corte Superior de Patna en el asunto *Devi Soren contra el Estado de Bihar*,³⁸ o sea, que esa expresión tiene un sentido más amplio que "para el mantenimiento de", y que, después de la reforma efectuada, una ley podía imponer legalmente ciertas restricciones al hecho de expresar palabras que tengan por objeto provocar desórdenes públicos, pero que no pueden realmente conducir a perturbar el orden público.

El *criterio del objetivo* aplicado por la Suprema Corte en la decisión mencionada, acarrearía sin duda alguna la revisión de ciertos procesos que habían finalizado con la anulación de varias leyes, antes de la reforma de 1951. La cuestión de la validez del Artículo 124 A del Código Penal aún no ha sido llevada ante la Suprema Corte. Pero el hecho de que ésta apruebe la opinión sostenida en el asunto de Patna, deja suponer que la Suprema Corte pudiera confirmar la validez de dicho Artículo 124 A; en efecto, la Corte Superior de Patna³⁹ juzgó que esta disposición hallaba su justificación en la expresión "en interés del orden público". Sin embargo, el parecer de la Suprema Corte sobre ese Artículo 124 A sería de gran interés para los estudiantes de Derecho constitucional en particular,

³⁷ *Ramji Lal c. State of U.P.*, A.I.R. 1957 S.C. 620.

³⁸ A.I.R. 1954 Pat. 254.

³⁹ *Devi Soren c. State of Bihar*, A.I.R. 1954 Pat. 254.

⁴⁰ *Sadashiv c. Emp.*, (1947) 74 I.A. 89.

porque los autores del primer texto de la Constitución se habían negado a aceptar la decisión del Consejo Privado⁴⁰ y suprimido, por lo tanto, la palabra "sedición" de la disposición del Proyecto de Constitución que se convirtió, finalmente, en el Artículo 19, párrafo 2.⁴¹

Antes de dar de lado a esta cuestión, interesa señalar que incluso en virtud del Artículo 124 A del Código Penal, el hecho de "expresar su desacuerdo con las medidas tomadas por el gobierno con vistas a obtener su modificación por las vías legales, sin por ello excitar o intentar excitar al odio, al desprecio o a la desobediencia" no es reprobable.⁴² El *desacuerdo* se convierte en *desobediencia* cuando existe el propósito de minar la autoridad del gobierno.⁴³

Críticas contra un ministro

La cuestión de saber si el hecho de criticar los ministros de manera individual, o de lanzar *slogans* injuriosos contra ellos, puede ser sancionado como un delito contra el Estado sin violar los límites permitidos por el Artículo 19, párrafo 2, de la Constitución, está estrechamente ligada a la otra cuestión que acabamos de estudiar.

Antes del voto de la Constitución, el Comité Judicial del Consejo Privado, *Judicial Committee of the Privy Council*, había sostenido⁴⁴ que el hecho de criticar a un ministro individualmente era punible en virtud del Artículo 124 A del Código Penal de la India, no pudiendo plantearse en aquella época problema alguno sobre la constitucionalidad de tal ley.

Las observaciones hechas por la Suprema Corte durante el examen de una apelación interpuesta en materia criminal contra una condena pronunciada en virtud de la Ley sobre la Seguridad del Estado de Pendjab de 1953, arrojan alguna luz respecto a la nueva situación surgida de la Constitución.⁴⁵ De acuerdo con la nueva redacción del párrafo 2 del Artículo 19, tal como resulta de la reforma de 1951, el Artículo 9 de la Ley de Pendjab declara merecedora de una pena de encarcelamiento a toda persona que haya pronunciado o publicado un discurso o una declaración que

"mine la seguridad del Estado... el orden público, las buenas costumbres o la moralidad, o equivalente a... la difamación o a la incitación a cometer un delito que atente contra la seguridad del Estado o el mantenimiento del orden público..."

⁴¹ Véase Basu: *Commentary on the Constitution of India*, 3ª edición, Vol. I, págs. 200—201.

⁴² Explicación n° II del Artículo 124 A del Código Penal de la India.

⁴³ *Devi Soren c. State*, A.I.R. 1954 Pat. 254.

⁴⁴ *Emp. c. Shibnath*, A.I.R. 1954 P.C. 156.

⁴⁵ *Kartar Singh c. State of Punjab*, A.I.R. 1956 S.C. 541.

Quiénes apelaban, miembros de una "Motor Union", habían organizado un desfile para protestar contra la política del gobierno de Pendjab, el cual quería nacionalizar los transportes por carretera, desfile en el que se lanzaron gritos injuriosos dirigidos principalmente contra el ministro de Transportes y el Primer ministro. Los apelantes fueron condenados por haber proferido palabras a) perturbando el orden público, b) atentando contra las buenas costumbres o la moralidad y c) equivalentes a la difamación.

En apelación, la Suprema Corte refutó todos los cargos de la acusación puestos de manifiesto contra los apelantes. Por lo que se refiere a las buenas costumbres o a la moralidad, la Suprema Corte estimó que los apelantes pertenecían a una categoría social que se entregaba tan libremente a injurias de tanta vulgaridad que estas últimas apenas podían producir efecto sobre las personas que las oían con frecuencia. En consecuencia, no podía sostenerse que los injuriadores en cuestión habían "atentado contra las buenas costumbres o la moralidad". Resultaba más importante saber si las palabras pronunciadas podían ser consideradas como habiendo "atentado contra el orden público". La acusación sostenía que algunas de esas personas que se habían reunido para escuchar las consignas estaban tan "enojadas" que el orden público pudo haber sido perturbado si la policía no hubiese intervenido. La Suprema Corte estimó que las pruebas presentadas no le permitían llegar a la conclusión de que *hubiera habido* un motín de no intervenir la policía, a consecuencia de esas manifestaciones contra los ministros, y que por lo tanto no podía sostenerse que las palabras pronunciadas habían "perturbado el orden público".

Por lo que a la difamación se refiere, la Suprema Corte estimó que las palabras lanzadas fueron difamatorias, pero que la difamación no podía ser castigada en virtud de la Ley sobre la Seguridad más que si esta difamación atentaba contra la seguridad del Estado o el mantenimiento del orden público. Interesa hacer mención de esta parte de la sentencia. El problema que se planteaba ante la Suprema Corte no era el de saber si los apelantes incurrieran en sanción por el delito de difamación en virtud del Derecho Penal de la India;⁴⁶ dicho tribunal hizo notar en su sentencia que los ministros, personalmente, no habían recogido las palabras injuriosas. Los apelantes, pues, fueron perseguidos judicialmente de acuerdo con la Ley sobre la Seguridad que fué adoptada por la Asamblea legislativa de la India en virtud de su poder de legislar respecto a todas las cuestiones referentes "al orden público".⁴⁷ Es por esto que la difamación no podía ser motivo de proceso de acuerdo con dicha Ley

⁴⁶ Artículo 499 del Código Penal de la India, de 1860.

⁴⁷ Columna I de la Lista II del Anexo n° 7 de la Constitución; véase *Mani Ram c. State of Punjab*, A.I.R. 1956 Punj. 169 (170).

más que si era de naturaleza capaz de atentar contra el mantenimiento del orden público. Ahora bien, esta conclusión no podía extraerse de la exposición de los hechos del asunto, puesto que nada probaba que las palabras lanzadas podían *razonablemente* hacer temer una perturbación del orden público.

La cuestión de la constitucionalidad de la Ley en virtud de la cual los apelantes habían sido condenados, no fué planteada en la especie y la decisión se basó sólo sobre la única interpretación de la mencionada Ley. Sin embargo, las observaciones de la Suprema Corte son suficientemente claras para indicar su posición respecto al alcance del Artículo 19, párrafo 2, puesto que los términos mismos se hallaban reproducidos en la Ley.

Resultaría legítimo deducir de la anterior decisión que la simple *contrariedad* manifestada por los manifestantes o una parte de los mismos, no será admitida como motivo de restricción de la libertad de expresión *en interés del orden público*. Como se sostenía antes, incluso de la adopción de la Constitución,⁴⁸ el lazo debe ser directo y no indirecto. Una declaración injuriosa contra la religión de otra persona puede tener por objetivo inmediato provocar desórdenes, pero no el simple hecho de criticar a un ministro, sin más.

En un asunto más antiguo,⁴⁹ la Suprema Corte juzgó que no se podía procesar, en interés del "orden público", a una persona que hubiese lanzado ataques injuriosos, por groseros que fuesen, contra un presidente de tribunal. Si tales ataques hacían alusión a una parcialidad flagrante en el reclutamiento de funcionarios judiciales, los dilincuentes podían verse aplicar el derecho común, pero no ser procesados en virtud de la Ley sobre detención preventiva, que era una ley especial prevista para el mantenimiento de la seguridad del Estado y del orden público. Las declaraciones en cuestión no podían tener ningún lazo *racional* con la necesidad de mantener el orden público.

Nos resulta difícil resistir a la tentación de reproducir la conclusión del juez Mukherjea, en el asunto citado anteriormente: "Todo cuanto puede decirse es que los hechos alegados en las octavillas tienden a minar la confianza del pueblo en la buena administración de la justicia. Pero en realidad son cosas demasiado vagas para que pueda deducirse que arriesgan el poner en peligro la seguridad del Estado o el mantenimiento del orden y el respeto de la ley . . . Después de todo, debemos de juzgar los hechos según los criterios del buen sentido y de la probabilidad, y no es una refutación el decir que a veces se producen en nuestro mundo cosas extrañas e inesperadas."

⁴⁸ *R. c. Basudev*, (1950) S.C.J. 47.

⁴⁹ *Sodhi Shamsar c. State of Pepsu*, A.I.R. 1954 S.C. 276.

Libertad de prensa

Si la existencia de la libertad de prensa en un país debe ser juzgada en función del hecho que la prensa se ve imponer restricciones suplementarias a sumar a las que todo individuo está sometido, entonces la tendencia en la India, después de la adopción de la Constitución, debe ser considerada como extremadamente progresiva.

Hoy día, la única ley que se le aplica en la India entera a la prensa es la llamada Ley sobre la prensa y sobre la declaración de publicaciones, de 1867, la cual exige la declaración de las máquinas de imprenta, de los periódicos, de los libros y de las revistas publicadas en territorio indio. Pero, en realidad, esta Ley no impone más restricciones que las que exige la inscripción de los nacimientos y fallecimientos a un particular. Su solo objetivo es obtener informes sobre las imprentas y sus publicaciones. La ley no impone ninguna clase de censura, de autorización previa o cualquier otra medida del mismo género. Si bien no existe una ley semejante en Inglaterra y en los Estados Unidos, es interesante señalar que en éste último país, el Comité de Derechos Civiles designado por el Presidente preconizó una legislación similar. Sea lo que fuere, pocas gentes se elevan en la India contra esta medida y su constitucionalidad fué confirmada en todo momento por los tribunales.⁵⁰ Tampoco existe nadie que se queje de la Ley sobre los periódicos (precio y número de páginas) de 1956, votada recientemente con el objeto de impedir la concurrencia desleal, reglamentando los precios. De hecho, esta última medida conduce a crear un clima más favorable a la libertad de expresión, en el sentido de que impide que este poderoso medio de manifestación del pensamiento caiga en manos de monopolios e intereses privados.

No podemos, empero, descuidar el hecho de que durante la época de la presencia británica, teníamos leyes especiales relativas a la prensa aplicables en el conjunto de la India y que hemos conservado hasta el 1 de febrero de 1956. Si bien no nos pertenece el exponer aquí la historia de esas leyes sobre la prensa desde un principio, rememoraremos no obstante de manera breve la evolución desde la entrada en vigor de la Constitución india, al objeto de demostrar los progresos realizados en la materia.

En el momento de la entrada en vigor de la Constitución, existía la Ley de 1931 sobre la prensa (en circunstancias excepcionales) que obligaba a los periódicos a que ofreciesen garantías a petición del Poder ejecutivo. En resumen: la Ley en cuestión capacitaba a un gobierno provincial para que exigiera de una imprenta el depósito de una fianza, fianza que podía ser confiscada si el periódico publicaba una información constitutiva de uno de los actos malévolos

⁵⁰ *In re Alavandar*, A.I.R. 1957 Mad 427.

enumerados en el Artículo 4 de dicha Ley, por ejemplo, el hecho de incitar al odio o al desprecio contra el gobierno, o a la desobediencia; la incitación a sentimientos de odio y hostilidad entre las diferentes clases de ciudadanos; el hecho de incitar a un funcionario a que abandone o descuide sus funciones. La democrática Inglaterra no conoce este sistema de control por el Ejecutivo y de sanciones contra la prensa. La ley india recoge, de hecho, el principio de la competencia de la Cámara Estrellada en materia de delitos de prensa, así como el sistema de la previa autorización que la democracia inglesa había combatido. El Preámbulo mismo de la Ley, que habla de "una mejora del control de la prensa", resultaba sorprendente.

Mientras el proyecto de Constitución era discutido en la Asamblea Constituyente, el gobierno indio nombró un Comité de encuesta sobre las Leyes de prensa, para "examinar las leyes de prensa de la India al objeto de ver si se ajustan a los derechos fundamentales enunciados por la Asamblea Constituyente". Este Comité recomendó, entre otras medidas, la abrogación de la Ley de 1931 sobre la prensa (poderes excepcionales) y la inclusión de algunas de sus disposiciones en las leyes generales que reprimen los delitos.

Al mismo tiempo, el Comité declaró algunas de las disposiciones de la Ley incompatibles con las expresadas por el Artículo 19, párrafo 2, de la Constitución, en su redacción de entonces.⁵¹ Esto obligó al gobierno a remplazar la Ley de 1931 por una nueva disposición revisada: la Ley sobre la prensa (actos reprobables) de 1951, que no obstante conservó algunos de los principales defectos de la antigua ley. El Preámbulo parecía entonces inofensivo: "prever disposiciones contra la impresión y publicación de informaciones que inciten al crimen y a cualquier otro acto reprobable". Las otras mejoras introducidas fueron las siguientes: mientras la Ley de 1931 tenía un carácter permanente, la de 1951 era temporal y sólo permanecería en vigor durante un período de dos años; la nueva Ley preveía una instrucción judicial llevada a cabo por un juez único antes de que pudiese ser pedida la fianza a la imprenta o confiscada por el gobierno, y la persona contra la que se había depositado una querrela podía pedir que el asunto fuese juzgado con la asistencia de un jurado y apelar contra la sentencia del juez único ante la Corte Superior; asimismo se introdujo una modificación a la disposición relativa a la incitación a la desobediencia al gobierno.

Sin embargo, numerosas personas no aceptan ni tan siquiera la idea misma de una ley especial que imponga restricciones a la publicación de cuestiones, en lugar de dejar aplicar en la materia el

⁵¹ Cf. *Amar Nath c. State*, A.I.R. 1951 Punj. 18 (S.B.); *Srinivasa c. State of Madras*, A.I.R. 1951 Mad. 70.

derecho común. Y antes de que la validez de la Ley temporal no fuese prolongada más allá de 1953, fué discutido el asunto por una Comisión de prensa nombrada por el gobierno en 1952. Una minoría de la misma⁵² hizo una recomendación tendente a que la Ley fuese abrogada al finalizar el plazo previsto; la mayoría⁵³ intentó restablecer el control interno de la prensa y expresó el deseo de que el gobierno abandonase la Ley especial después de transcurridos dos años, si el Consejo de prensa lograba hallar qué personas habían sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la publicación de una información reprensible. La puesta en vigor de esta recomendación por el gobierno constituye un punto de partida en la historia de la democracia india. La Ley de 1951, cuya validez había sido prolongada hasta febrero de 1956, pudo entonces ser abrogada y esta decisión fué expresamente recogida en una Ley ulterior.

Pero, si bien nos hemos desembarazado de las Leyes especiales sobre la prensa que exigen de ésta última, como medio particular de expresión, el depósito de una fianza, no puede decirse que en la India la prensa no se encuentra sometida a ninguna restricción, puesto que en parte alguna existe para el individuo libertad absoluta en el ejercicio de uno de sus derechos civiles. El Artículo 2 del Pacto relativo a la libertad de información y de prensa, autoriza al Estado a imponer restricciones a la libertad de expresión en interés de la seguridad nacional, del orden público, para prevenir toda incitación a modificar el sistema de gobierno por la violencia o a cometer actos criminales o fraudulentos, o a hacer aparecer publicaciones obscenas o de la misma índole. Los diversos Estados de la India cuentan con leyes que imponen restricciones a la libertad de la prensa en interés, ante todo, del orden público o de la seguridad pública, como por ejemplo la Ley sobre la seguridad del Bengala del Oeste, de 1950, la Ley sobre la seguridad del Estado de Pendjab, de 1953, y la Ley sobre la seguridad pública de Madhya Bharat, de 1953. La mayor parte de estas leyes prevén restricciones que se aplican de la misma forma a todos los medios de expresión, mas existen otras, como la Ley sobre los poderes especiales del Pendjab (en materia de prensa), de 1956, que se aplican con mayor particularidad a las publicaciones. Un asunto juzgado de acuerdo con esta última Ley y que recientemente fué llevado ante la Suprema Corte⁵⁴ muestra claramente cómo los tribunales deciden sobre la constitucionalidad de esas leyes restrictivas, según el criterio de su carácter razonable.

⁵² Informe presentado por la Comisión de prensa (D.I.B. 9), Iª Parte, párrafo 1152.

⁵³ *Idem.*, párrafo 1469.

⁵⁴ *Virendra c. State of Punjab* (1957) S.C. (Petns. 95 y 96 de 1957).

En dicho asunto, la Suprema Corte anuló la disposición siguiente, a saber:

“El gobierno del Estado o cualquier otra autoridad a sus órdenes para actuar en nombre suyo, si están convencidos de que tal medida es necesaria para impedir o combatir cualquier actividad perjudicial al mantenimiento de la paz en los municipios, perturbando o de naturaleza a perturbar el orden público, pueden prohibir por decreto la entrada en territorio del Pendjab de cualquier periódico, folleto u otra publicación.”

Los motivos invocados para la anulación eran que la disposición no presentaba un carácter razonable, ni desde el punto de vista del fondo ni del punto de vista del procedimiento. La Suprema Corte estimó que no era aceptable del punto de vista del fondo porque no se imponía límite alguno a la *duración* de la prohibición de importación prevista por la disposición ni al *contenido* mismo de la publicación. Esta prohibición se extendía a todas las publicaciones y podía tener una duración indefinida o ilimitada. Del punto de vista del procedimiento, la disposición hacía depender toda esta cuestión de la apreciación subjetiva del gobierno del Estado y no existía regla alguna preveyendo la representación de la parte interesada. Es por estos motivos que la disposición en cuestión se oponía a las reglas de justicia natural.

Al mismo tiempo, la Suprema Corte admitió la validez de otro Artículo de la misma Ley, que no presentaba las lagunas mencionadas anteriormente. Se trata del Artículo 2, párrafo 1(a), que declara:

“2 (1). El gobierno del Estado o cualquier autoridad a sus órdenes para actuar en nombre suyo, si están convencidos de que tal medida es necesaria para impedir o combatir cualquier actividad perjudicial al mantenimiento de la paz en los municipios, perturbando o de naturaleza a perturbar el orden público, pueden, mediante escrito dirigido a un impresor, editor o redactor-jefe,

“(a) prohibir la impresión o publicación en un documento cualquiera o en una categoría cualquiera de documentos, de toda cuestión relacionada con un tema *particular* o una categoría de temas por un *período definido* o en una edición dada o en varias ediciones de un periódico o de una revista;

“A condición de que tal orden no permanezca en vigor durante más de *dos meses* a partir del día en que fué tomada;

“A condición, por otra parte, que la persona a la que se dió la orden pueda, en un plazo de diez días, dirigir una demanda motivada al gobierno del Estado, el cual puede, tras examen, modificar, confirmar o anular la orden...”

LIBERTAD DE REUNION

El texto del Artículo 18 del Pacto y el del Artículo 19, párrafos 1(b) y 3, de la Constitución india disponen, respectivamente:

Artículo 18 del Pacto

"Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de este derecho no puede ser objeto más que de las restricciones impuestas de acuerdo con la ley y que constituyen medidas necesarias para la seguridad nacional, el orden público y la protección de la salud o de la moral o de los derechos y libertades de los demás."⁵⁵

Art. 19 de la Constitución india

"(1) (b). Todos los ciudadanos tienen derecho a celebrar reuniones pacíficas y sin armas.

"(3). Nada de lo contenido en el párrafo (b) impide la entrada en vigor de una ley existente, en la medida en que impone o prohíbe a un Estado establecer una ley que, en interés del orden público, imponga restricciones al ejercicio del derecho reconocido por dicho párrafo."

Es evidente que la restricción impuesta a la libertad de reunión por el mencionado Artículo de nuestra Constitución es menos importante que la del Pacto. La Constitución sólo autoriza al Estado a imponer restricciones por dos motivos: a) los participantes a la reunión no deben estar armados; y (b) esa reunión no debe perturbar el orden público en modo alguno. Un examen de las leyes restrictivas en vigor en la India permitirá ver el lazo existente entre las restricciones impuestas por el Estado y esos dos motivos.

En la India, ningún texto de ley reconoce el derecho a llevar armas, por lo que nadie puede guardar o llevar armas sin previa autorización, prevista por la Ley sobre las armas de fuego de 1878. Pero si una persona posee esa autorización, el hecho de que vaya armada a un mitin o a una reunión no es *en sí* reprobable y sancionado por la ley en vigor. En otros términos: el simple hecho de que una persona que tiene autorización para usar armas asista armado a una reunión autorizada por la ley, no es ilegal; pero, si la reunión *deja* de ser legal, el hecho de que uno de los participantes a la misma disponga de un arma de fuego constituye una circunstancia agravante en virtud del Artículo 144 del Código penal de la India de 1860. Dicho con otras palabras: si una reunión deja de ser legal, el hecho de estar armado supone para el participante a la reunión una sanción suplementaria que se añade a la prevista por haber participado a una reunión ilegal.

Para saber lo que debe entenderse por reunión ilegal, debemos referirnos al Artículo 141 del Código penal. El solo hecho de que un determinado número de hombres estén agrupados no puede considerarse como ilegal en virtud de la ley, pero una reunión de cinco o más personas se convierte en ilegal si el objetivo perseguido por las personas que integran la reunión es el de cometer uno de los actos reprobables definidos en el Artículo 141, por ejemplo, amenazar el gobierno o a un funcionario en el ejercicio de los poderes de

⁵⁵ El texto del Artículo 17 del Proyecto de Pacto relativo a los Derechos civiles y políticos (1952) es sensiblemente el mismo.

que disponen en virtud de la ley u oponerse a la aplicación de una ley o de un procedimiento haciendo uso de violencias reales o aparentes. Una reunión de menos de cinco personas puede constituir también un delito, si perturba efectivamente el orden público. Es así que el Artículo 159 del Código penal prevé una sanción en caso de "gresca" producida cuando dos o más personas reunidas en un lugar público perturban el orden. Por lo que se refiere a las restricciones impuestas en interés del orden público, resulta evidente que deben de tomarse medidas preventivas por parte de las autoridades encargadas de mantener el orden. En consecuencia, la Ley sobre la policía, de 1861, atribuye poderes reglamentarios a un oficial de policía encargado de dar instrucciones sobre el camino a seguir y el horario a cuantas reuniones y desfiles se celebran en la vía pública, así como exigir a los organizadores el que soliciten la previa autorización.

El Artículo 107 del Código de Procedimiento Penal de 1898 otorga a un magistrado el poder de exigir de una persona susceptible de perturbar el orden público, incluso si aún no ha hecho nada en tal sentido, que deposite una fianza garantizando que no perturbará ese orden.

En Inglaterra, la cuestión de saber si una reunión, que en sí misma es legal, puede ser dispersada o prohibida, ha provocado una interesante polémica desde la época del asunto *Beatty contra Gilbanks*,⁵⁶ y si bien la posición de los autores no resulta completamente clara, según el parecer⁵⁷ más reciente una reunión, incluso legal, puede ser disuelta con el pretexto de que las reuniones siguientes provocarían sin duda algunas perturbaciones, si es imposible a las autoridades mantener el orden de otra forma que dispersando la reunión, y que la negativa a obedecer el mandato de dispersión constituye un delito. Finalmente, el interés de mantener así el orden público constituye la *razón de ser* de esta limitación al derecho de los individuos a reunirse. El Artículo 127 del Código de Procedimiento Penal de la India autoriza, asimismo a un magistrado a dispersar no sólo una reunión legal "si debe posiblemente perturbar el orden", y el Artículo 151, por su parte, sanciona como delito el hecho de no dispersarse después de haber recibido la orden de hacerlo.

Por otra parte, el Artículo 144 del Código de Procedimiento Penal autoriza a un magistrado a redactar una ordenanza provisional conminando a quien competa la prohibición de toda reunión, manifestación o desfile, por legales que sean, si existe un "riesgo de obstrucción, de impedimento o de perjuicio causado a una persona en el ejercicio regular de sus funciones o si existe riesgo de poner en peligro la vida humana, la salud o la seguridad de una persona,

⁵⁶ (1882) 9 Q.B.D. 308.

⁵⁷ *Duncan c. Jones*, (1936) 1 K.B. 218.

o también de perturbar la tranquilidad pública o provocar un motín o una gresca". Es interesante señalar que en esa disposición, el riesgo de daño a la salud de una persona es también considerado como una justificación de prohibición de una reunión. Pocas personas ponen en duda la legitimidad de tal motivo de limitación, por lo que se hace mención en el Artículo 18 del Pacto. Naturalmente, el Artículo 19, párrafo 3, de la Constitución de la India emplea sólo la expresión "orden público", tal como ya ha sido subrayado. Pero en una decisión bastante antigua,⁵⁸ la Suprema Corte observó que los perjuicios a la salud pública pueden entrar en el cuadro de la noción de "seguridad pública", que a su vez está contenida en la expresión más amplia de "orden público".

Las autoridades se han visto atribuir igualmente poderes preventivos merced a las Leyes sobre la seguridad pública del Estado,⁵⁹ como, por ejemplo, el poder de subordinar a determinadas condiciones la organización de desfiles, reuniones y manifestaciones en interés del orden o de la seguridad públicos, o el poder de prohibir la celebración de tales reuniones en una zona determinada sin previa autorización escrita de la autoridad competente.⁶⁰ Asimismo pueden preverse poderes de este género mediante la ley electoral,⁶¹ con el objeto de mantener el orden en el momento de las elecciones.⁶²

Los tribunales, no obstante, juzgan la validez de estas disposiciones restrictivas en función de su "carácter razonable". Por ejemplo, han anulado determinadas disposiciones de este género cuando la ley autorizaba al gobierno a delegar su poder de imponer restricciones en materia de organización de reuniones "a cualquiera de sus funcionarios", sin tener en cuenta su categoría o situación en la administración.⁶³

Un texto de una constitucionalidad dudosa es la Ley relativa a la prevención de las reuniones sediciosas, de 1911. Esta ley autoriza al gobierno del Estado a declarar tal o cual región "zona prohibida". Una declaración de esta naturaleza otorga al magistrado del distrito o al comisario de policía el poder de "prohibir toda reunión pública en esta zona, si a su juicio la reunión puede alentar a la sedición o a la desobediencia o también a perturbar la tranquilidad pública".

Ahora, aparte la cuestión de la constitucionalidad de las expresio-

⁵⁸ *Romesh Thappar c. State of Madras*, (1950) S.C.R. 594.

⁵⁹ Cf. el Artículo 7, párrafo 1, del *Madhya Bharat Maintenance of Public Order Act* (Ley de Madhya Bharat relativa al mantenimiento del orden público) de 1949.

⁶⁰ *State c. Gangadhar*, A.I.R. 1957 M.P. 54.

⁶¹ Artículo 126, párrafo 1, de la Ley relativa a la representación del pueblo, de 1951.

⁶² *Rameshwar c. State*, A.I.R. 1957 Pat. 252.

⁶³ *State c. Gangadhar*, A.I.R. 1957 M.P. 54 (58).

nes "sedición" y "desobediencia", que ya hemos planteado, la citada disposición corre el riesgo de ser discutida del punto de vista de su constitucionalidad por otro motivo diferente: la Ley dispone que ninguna reunión pública organizada "para resolver o discutir una cuestión susceptible de causar perturbaciones o *agitación*" puede celebrarse en la zona sin que el magistrado del distrito o el comisario de policía haya sido advertido por escrito. Anteriormente hemos recordado el criterio de la Suprema Corte, según la cual un simple impedimento causado al público no constituye una amenaza al "orden público". Considerada desde este punto de vista, la "agitación pública" es una expresión vaga que no puede ser aplicada por el tribunal para justificar una intervención preventiva.

LIBERTAD DE ASOCIACION

El texto del Artículo 11, párrafos 1 y 2 del Pacto de Derechos del Hombre de 1950 y el del Artículo 19, párrafos 1(c) y (4) de la Constitución de la India, son reproducidos a continuación:

Artículo 11, párrafos 1 y 2 del Pacto

"(1). Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras.

"(2). Esta libertad no podrá ser objeto de otras restricciones que de las previstas por la ley y que constituyen medidas necesarias a la seguridad nacional, al orden público, a la protección de la salud o de la moral, o de los derechos y libertades de los demás."⁶⁴

Artículo 19, párrafos 1(c) y 4 de la Constitución de la India

"(1). Todos los ciudadanos tendrán derecho: c) de formar asociaciones o uniones.

"(4). Nada del apartado c del mencionado párrafo afectará a la aplicación de toda ley existente o impedirá al Estado dictar cualquier ley que, en el interés general, imponga restricciones al ejercicio del derecho otorgado por el mencionado apartado."

Es evidente, ante todo, que este derecho no está garantizado por nuestra Constitución de manera menos liberal que en el Pacto de Derechos del Hombre. Nuestra Constitución garantiza no sólo el derecho de constituir asociaciones, sino también de hacerlas funcionar⁶⁵ tanto tiempo como no se viole una ley de orden público. Se deduce que una asociación no puede ser creada con el objetivo de organizar una conspiración criminal. El Artículo 120A del Código Penal de la India, de 1860, reprime la conspiración criminal, es

⁶⁴ El texto del Artículo 18, párrafos 1 y 2 del Proyecto de Pacto relativo a los Derechos civiles y políticos es sensiblemente el mismo, pero prevé una restricción suplementaria, que es la siguiente: "Este Artículo no impedirá la adopción de restricciones legislativas al ejercicio de este derecho por los miembros del ejército y de la policía.

⁶⁵ *Kulkarni c. State of Bombay*, A.I.R. 1951 Bom. 106.

decir, el acuerdo establecido entre dos o más personas con el propósito de ejecutar o incitar a la ejecución de un acto ilegal, o llevar a cabo un acto que no es en sí mismo ilegal por medios ilegales, a condición de que tal acuerdo sea seguido de un acto manifiestamente ejecutado en cumplimiento de ese acuerdo.

Asimismo, mientras la Ley sobre los sindicatos indios, de 1926, reconoce que un sindicato es una asociación legal y le confiere incluso la personalidad jurídica, el Artículo 22 de la Ley relativa a los conflictos de trabajo, de 1947, prohíbe ciertas huelgas y *locks-out*, por ejemplo en un servicio de interés público; y el Artículo 25 de la misma ley prevé una sanción en caso de participación en esas huelgas y *locks-out* ilegales. Una disposición como esta que prohíbe las huelgas y los *locks-out* sin prever, ante todo, un recurso al sistema de conciliación establecido por la ley, no puede ser considerada como una restricción exagerada a la libertad de asociación.⁶⁶ Una ley que prevé que un sindicato que agrupe a un determinado número de obreros de una industria tendrá derecho a representar dicha industria durante un "conflicto de trabajo", con exclusión de los demás sindicatos, fué asimismo reconocida valedera.⁶⁷

La Suprema Corte, al examinar el Artículo 15, párrafo 2(b) de la Ley enmendando el Derecho penal indio de 1908, tal como fué enmendada por la Ley n° XI del Estado de Madrás, de 1950, definió claramente los límites de la ingerencia del Estado en la materia.⁶⁸ Esta disposición autorizaba al gobierno del Estado a declarar ilegal toda asociación si aquél estimaba que ésta presentaba un peligro para el orden público. Ninguna disposición preveía la obligación de informar de ello a los miembros de la asociación en cuestión, y éstos últimos tampoco tenían la posibilidad de discutir los motivos de la decisión. Verdad es que una disposición preveía que toda protesta elevada por tal asociación sería transmitida por el gobierno a un Comité consultivo, pero ninguna otra disposición ordenaba la comparición ante ese Comité de las personas perjudicadas. La Suprema Corte decidió que esta disposición suponía una exagerada restricción al derecho garantizado por el Artículo 19, párrafo 1(c), y esto por dos motivos:

i) El hecho de prever sanciones penales, después que una asociación haya sido declarada ilegal de manera discrecional por el gobierno, sin establecer la apropiada notificación de esta decisión a la asociación y sus miembros, debe ser considerado como una restricción exagerada, siendo así que no existe motivo alguno de urgencia que justifique tal medida.

⁶⁶ *Janardan c. Hukumchand Mills*, A.I.R. 1956 M.B. 199.

⁶⁷ *Kulkarni c. State of Bombay*, A.I.R. 1954 S.C. 73.

⁶⁸ *State of Madras c. Raw*, (1952) S.C.R. 597.

ii) El examen sumario y parcial a que procede el Comité consultivo no puede ser considerado como una sustitución de la instrucción judicial cuando se trata de limitar la libertad fundamental de asociación, en ausencia de circunstancias excepcionales.

En resumen: la opinión de la Suprema Corte fué que sin la existencia de circunstancias excepcionales, una asociación no puede ser declarada ilegal, salvo mediante decisión judicial. Las observaciones que la Suprema Corte hizo a este respecto, merecen ser citadas:

“El derecho de crear asociaciones o sindicatos ofrece un campo de aplicación tan vasto y variado, y las restricciones que le son impuestas pueden acompañarse de reacciones tan importantes en los respectivos dominios de la religión, la política y la economía, que el hecho de otorgar al gobierno la autoridad necesaria para imponer esas restricciones a tal derecho, sin permitir que los motivos que sirven de base a las mismas sean examinados en el curso de un procedimiento judicial tanto del punto de vista de los hechos como del derecho, es un poderoso elemento que debe ser tomado en consideración cuando sea preciso apreciar el carácter razonable de las restricciones impuestas por el Artículo 15, párrafo 2 (b), al ejercicio del derecho fundamental reconocido por el Artículo 19, párrafo 1 (c).”⁶⁹

La cuestión de los límites dentro de los cuales los funcionarios pueden disfrutar de la libertad de asociación, fué objeto de varios procesos ante los tribunales. Mientras no ofrece duda el que un funcionario es asimismo un ciudadano que disfruta de ese derecho fundamental y que el gobierno no puede, en el ejercicio de sus poderes de control sobre la conducta de los funcionarios, hacer que el ejercicio de ese derecho resulte ilusorio,⁷⁰ se planteó al mismo tiempo como principio que con el objeto de asegurar la integridad de la Administración y la disciplina en sus servicios, el gobierno puede imponer determinadas restricciones que pudieran no resultar “razonables” para los individuos. Esta cuestión se ha convertido en un problema de primer orden incluso en los Estados Unidos, de tal manera que las sentencias indias han citado expresamente asuntos como el de *United Public Workers contra Mitchell*.⁷¹ Si bien la Suprema Corte no ha decidido hasta qué punto las restricciones de esta índole son razonables, pueden citarse las decisiones de la Corte Superior que señalan la frontera entre el entremetimiento legítimo y el que resulta inconstitucional en los derechos fundamentales de los funcionarios.

Por ejemplo, la Corte declaró inconstitucional una regla que impone una especie de censura administrativa de la libertad de asociación al obligar a los funcionarios a obtener de las autoridades

⁶⁹ *State of Madras c. Row*, (1952) S.C.R. 597 (607)

⁷⁰ *Ramakrishnaiah c. Dt. Bd.*, A.I.R. 1953 Mad. 253.

⁷¹ 330 U.S. 75 (1946).

la previa autorización necesaria para formar un sindicato y que prohíbe a esos mismos funcionarios el convertirse en miembros de los sindicatos que no se formaron de acuerdo con las ordenanzas del gobierno.⁷² Por el contrario, fué reconocida la validez de una regla semejante que prohíbe a un funcionario ser miembro de una asociación integrada por no funcionarios.⁷³

Diversas restricciones que fueron admitidas en otros asuntos se justifican por un motivo serio, como por ejemplo: (a) una regla que prohíbe a un funcionario criticar en público la política o toda acción emprendida por el gobierno⁷⁴ (b) una regla que prohíbe a un funcionario participar o aceptar de una manera cualquiera la participación en una gestión tendente a cobrar cotizaciones o cualquier otra forma de ayuda pecuniaria para el cumplimiento de un objetivo, cualesquiera que sea, sin la previa autorización del gobierno.⁷⁵

LIBERTAD DE CIRCULACION Y DE RESIDENCIA

El Artículo 19, párrafo 1(d) y (e) y párrafo 5, de nuestra Constitución garantiza la libertad de circulación y residencia en el territorio del Estado, de la misma manera que el Artículo 11, párrafo 1(a), del Pacto de Derechos del Hombre de 1950, y el Artículo 10, párrafo 1(a), del proyecto de Pacto relativo a los Derechos civiles y políticos de 1952.

Artículo 11, párrafo 1(a) del Pacto

“A reserva de las disposiciones legislativas de orden general del Estado, adoptadas por razones particulares de seguridad nacional, de seguridad o de salud pública, toda persona tiene derecho de circular libremente por el interior de cada Estado y de establecer en él su residencia.”

Artículo 10, párrafo 1(a) del Proyecto de Pacto

“A reserva de las disposiciones legislativas de orden general del Estado interesado preveyendo las restricciones razonables que pueden ser necesarias para proteger la seguridad nacional, la seguridad, la salud o la

Artículo 19, párrafos 1(e) y 5 de nuestra Constitución

“(1). Todos los ciudadanos tienen derecho: (e) de residir y establecerse en cualquier parte del territorio de la India.

“(5). Nada de los apartados d, e y f del mencionado párrafo afectará a la aplicación de toda ley existente o impedirá al Estado dictar cualquier ley que, en el interés general, imponga restricciones al ejercicio del derecho otorgado por el mencionado párrafo.”

⁷² *Ramakrishnaiah c. Dt. Bd.*, A.I.R. 1952 Mad. 253.

⁷³ *Chelappan c. State of T.C.*, A.I.R. 1952 Mad. 253.

⁷⁴ *Chacko c. State of T.C.*, A.I.R. 1957 Ker. 7.

⁷⁵ *Sethu Madhava c. Collector*, A.I.R. 1955 Mad. 469.

moral públicas o los derechos y libertades de los demás, y que son compatibles con los otros derechos reconocidos en el presente Pacto, cualquiera que se encuentre legalmente en territorio de un Estado tiene derecho (i) de circular libremente por él y (ii) de elegir en él libremente su residencia.”

La garantía de la libertad de circulación y residencia en todo el territorio de la India, tiene por objeto suprimir toda barrera discriminatoria entre las distintas partes del país y combatir el desarrollo de un “chauvinismo” provincial o municipal. No sólo nadie debe ser sometido a restricciones ilegales o arbitrarias en el territorio en que reside, sino que debe asimismo gozar de la libertad de circular o establecerse en cualquier parte del país del que es ciudadano. Este problema es particularmente importante en un Estado federal como la India, cuyo territorio está dividido en circunscripciones políticas.

Al igual que las demás libertades, esta debe ser igualmente sometida a restricciones legítimas establecidas en el interés general. Citemos entre esas restricciones: (a) las previstas con el objeto de impedir la propagación de enfermedades contagiosas por medio, por ejemplo, de los medios de transporte público (Artículo 71 de la Ley sobre los ferrocarriles de la India, de 1890); (b) las impuestas para afirmar la seguridad de las plazas fuertes, fortines u otras zonas estratégicas donde no puede admitirse a no importa quién, sin discriminación, sin poner en peligro los intereses de la seguridad del Estado (Leyes sobre los secretos de Estado, de 1923); (c) disposiciones relativas a la “expulsión” de personas cuya presencia en una localidad determinada pone en peligro la paz y seguridad de la masa de ciudadanos pacíficos de esa localidad (Artículo 27 de la Ley sobre la policía de la ciudad de Bombay, de 1902); (d) restricciones impuestas a los reincidentes⁷⁶ (Ley de Madrás sobre las restricciones impuestas a los reincidentes, de 1948).

Sin embargo, todas estas restricciones deben ser razonables. La duración de las mismas ha sido considerada, desde el punto de vista jurídico, como un importante elemento. Por ejemplo, una ley que prevea la expulsión de una zona determinada por un período *indefinido* constituye, de buenas a primeras, una restricción exagerada.⁷⁷ En cuanto al período máximo durante el cual una persona puede ser razonablemente expulsada, es necesario utilizar el criterio de la naturaleza del delito que se trata de prever, y a este respecto la Suprema Corte ha establecido una distinción entre personas que

⁷⁶ *Armugham c. State of Madras*, A.I.R. 1953 Mad. 664.

⁷⁷ *Khare c. State of Delhi*, 1950 S.C.R. 519.

toman parte en la agitación política y personas que violan el Derecho penal general del país. Por lo que se refiere al primer grupo, la Suprema Corte estimó razonable una restricción impuesta durante un breve período;⁷⁸ pero en el caso de individuos peligrosos y reincidentes, la Corte no se opondría a la determinación de un período más largo (por ejemplo, dos años),⁷⁹ si el Legislativo lo juzga necesario para combatir la amenaza.

Para anular una ley que tendía a sancionar la llegada en masa de personas procedentes de Pakistán sin autorización, la Suprema Corte buscó igualmente si la sanción infligida no resultaba más severa de lo necesario. Dicha ley no sólo prevenía una sanción judicial en caso de infracción de la misma, sino que autorizaba también al gobierno a expulsar de la India a cuantas personas procedían de Pakistán violando la reglamentación relativa a las autorizaciones de entrada, o que resultaban sospechosas de haber cometido tal infracción. La Corte decidió que esta ley podía aplicarse asimismo a un ciudadano indio que se hubiera trasladado a Pakistán para asuntos particulares y regresado a la India sin la autorización necesaria; y que la expulsión de un ciudadano indio por violación de esta reglamentación constituía un exceso de poder, puesto que virtualmente equivalía a retirar la nacionalidad india al ciudadano en cuestión, amén que tal ley no se justificaba sobre el plano del procedimiento, puesto que concedía al Ejecutivo el poder discrecional de expulsar a una persona. En consecuencia, se decidió que esta ley constituía una restricción exagerada al derecho garantizado por el Artículo 19, párrafo 1(e). Debe añadirse que incluso el juez Sr. Das (actual presidente de la Suprema Corte de la India) expresó con vigor y apoyándose en numerosos ejemplos, un parecer contrario: en efecto, señaló que la ley había sido adoptada con el objeto de poner remedio a una situación excepcional fruto de la división de la India y de la sucesión de acontecimientos desgraciados que siguieron. Sin embargo, la interpretación que la mayoría dió a la ley en este asunto, amplió el campo de aplicación del apartado (e) del Artículo 19, párrafo 1, hasta más allá de las fronteras de la India; por esa razón, se halla asegurada no sólo la libertad de circular sin ser molestado por las fronteras interiores del territorio de la India, sino también la libertad para un súbdito de penetrar en la India sin tropezar con exageradas restricciones. El liberalismo de la opinión de la mayoría es, del punto de vista internacional, de la mayor importancia.

Además, un determinado número de decisiones han reconocido que una ley de "expulsión" no se justificaba desde el punto de vista del procedimiento cuando desconocía los principios mismos de justicia

⁷⁸ *Khare c. State of Delhi*, 1950 S.C.R. 519.

⁷⁹ *Gurbachan c. State of Bombay*, (1952) S.C.R. 737.

natural, por ejemplo, el condenar a una persona sin darle derecho a presentar su defensa.⁸⁰

En ciertos asuntos, fué igualmente admitido que una ley sería anulada por imponer una restricción exagerada si su texto autorizaba o habilitaba al Ejecutivo a delegar su poder de "expulsar" una persona a cualquier funcionario, sin tener en cuenta su categoría, sus conocimientos o sus responsabilidades, y si otorgaba a ese funcionario el poder de obrar de manera discrecional.⁸¹

Los principios de justicia natural, empero, no exigen necesariamente el recurso a un proceso. Bastará con que se ofrezca a la persona perjudicada la posibilidad de presentar su defensa. Es así que para la "expulsión" de reincidentes o de bandidos, no resultaría exagerado prever un procedimiento que no permitiera a la persona en cuestión proceder en el curso de la audiencia al contrainterrogatorio de los testigos de cargo. La razón estriba en que en casos de esta naturaleza, ningún testigo querrá declarar públicamente contra tales individuos, temeroso que sufra su propia persona o sus bienes, por lo que el objetivo de la ley no sería en modo alguno alcanzado si se concediera al sospechoso el derecho de ser confrontado con ese testigo.⁸²

DERECHO A LA PROPIEDAD

La cuestión de saber en qué medida el derecho del individuo a la propiedad se ve protegido contra los imperativos de la vida colectiva, depende de la base sociológica de la Constitución política de un país, siendo en consecuencia la respuesta variable de un país a otro. Pero, si bien hubo un ligero retroceso con respecto a la concepción anglo-americana tradicional, a consecuencia de la cuarta enmienda a la Constitución de la India,⁸³ que causó inquietudes en determinados medios, se nota que incluso después de esta enmienda la garantía prevista por nuestra Constitución no es inferior a la norma fijada por la Declaración Universal de Derechos del Hombre.

El Artículo 17 de la Declaración Universal se compone de dos partes: la primera disposición reconoce el derecho a la propiedad y la segunda establece que nadie puede ser arbitrariamente privado de la misma. Los dos principios se hallan también en la Constitución

⁸⁰ *Jeshingbhai c. Emp.*, A.I.R. 1950 Bom. 363; *Tozammal c. State of West Bengal*, A.I.R. 1951 Cal. 322; *Khare c. State of Delhi*, 1950 S.C.R. 519; *State c. Motilal*, A.I.R. 1952 M.B. 114; *Khagendra c. Dt. Magistrate*, A.I.R. 1951 Cal. 3.

⁸¹ *Khagendra c. Dt. Magistrate*, A.I.R. 1951 Cal. 3; *State c. Motilal*, A.I.R. 1952 M.B. 114; *State c. Gangadhar*, A.I.R. 1957 M.P. 54.

⁸² *Gurbachan c. State of Bombay*, A.I.R. 1952 S.C. 221.

⁸³ Ley constitucional (Cuarta enmienda) de 1955. Véase Basu: *Commentary on the Constitution of India*, 3ª edición, Vol. I, págs. 827 y siguientes.

india: el primero en el Artículo 19, párrafos 1(f) y 5, y el segundo en el Artículo 31, párrafo 1. Interesa examinarlos por separado.

A. Derecho a la propiedad y derecho al disfrute de la propiedad

Artículo 17 de la Declaración

Artículo 19 de la Constitución de la India

"1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente."

"(1). Todos los ciudadanos tienen derecho: f) a adquirir y poseer bienes y disponer de ellos."

"(5). Nada en los apartados d, e y f de dicho párrafo afectará la aplicación de toda ley existente, o impedirá al Estado el establecer cualquier ley que imponga restricciones al ejercicio de todo derecho otorgado por dichos apartados, sea en interés general, sea con vistas a la protección de los intereses de toda tribu llamada anexa."

Es indudable que la disposición india es más amplia que la de la Declaración Universal, puesto que no sólo garantiza el derecho a la *propiedad* privada, sino también el derecho de *disfrutar* y *disponer* de esa propiedad sin más restricciones que las impuestas en el interés público general y en interés de ciertas clases atrasadas denominadas "tribus anexas" — que tienen necesidad de ser protegidas contra los actos de imprevisión que ellas mismas podrían cometer si se les concediera la entera libertad de disponer de sus bienes.

Resultaría imposible hacer una enumeración exhaustiva de todas las leyes que imponen restricciones al derecho de adquirir, de disfrutar y de disponer de la propiedad. Pero podemos citar algunas de ellas, cuya constitucionalidad jamás fué puesta en duda por los tribunales. Por ejemplo, está admitido que el Estado puede, en el interés general: controlar los alquileres de las casas⁸⁴ y hogares en las ciudades⁸⁵ a causa de la penuria de viviendas; llevar a cabo una reforma agraria estableciendo la reducción de los arriendos⁸⁶ o rebajando a los agricultores la suma de sus cánones;⁸⁷ limitar los derechos de gestión de los accionistas de una sociedad con el objeto de asegurar el funcionamiento de un servicio esencial;⁸⁸ asegurar la gestión de los bienes de propietarios incompetentes o poco serios;⁸⁹

⁸⁴ *Venkatachellum c. Kabalamurthy*, A.I.R. 1955 Mad. 350.

⁸⁵ *Iswari Prasad c. N.R. Sen*, A.I.R. 1952, Cal. 273.

⁸⁶ *Raja of Bobbili c. State of Madras*, A.I.R. 1952 Mad. 203; *Nabin c. State of Orissa*, A.I.R. 1957 Orissa 56.

⁸⁷ *Jamnalal c. Kishendas*, A.I.R. 1955 Hyd. 194.

⁸⁸ *Chiranjit Lal c. Union of India*, A.I.R. 1951 S.C. 41 (57).

⁸⁹ *Harmahendra c. State of Punjab*, A.I.R. 1953 Punj. 30.

controlar la explotación de los recursos naturales, como los bosques que pertenecen a particulares,⁹⁰ y, finalmente, reglamentar la construcción de inmuebles en una zona urbana, en interés de los habitantes de la localidad.⁹¹

Por otra parte, no resultaría de interés público confiscar los bienes de un particular con el propósito de entregarlos a cualquier otro.⁹²

El carácter razonable de las restricciones impuestas al derecho a la propiedad es objeto de un control por parte de los tribunales, tanto del punto de vista del fondo como del procedimiento.

Por razones de procedimiento, por lo general el tribunal no reconocía la validez de una ley autorizando a las autoridades administrativas a obstaculizar el libre ejercicio del derecho de un individuo a la propiedad. Es así que no puede efectuarse la retirada de un permiso de caza más que si una ley exige que los motivos de la retirada sean dados al titular del mismo y que este último tenga la posibilidad de presentar su defensa.⁹³

Una ley sobre los alquileres preveía que si un propietario violaba de manera habitual los derechos de un inquilino precisados en esa ley, sería considerado como incapaz de administrar su propiedad, por lo que la administración de ésta pasaría al tribunal de tutela. Era a este tribunal al que correspondía decidir si un propietario había violado de manera corriente los derechos de sus inquilinos, no existiendo garantía alguna de procedimiento contra el acto discrecional de esta autoridad. La Suprema Corte anuló esta disposición, estimando que la decisión sobre la cuestión de saber si había habido o no violación del derecho de propiedad dependía del simple poder discrecional del Ejecutivo. Esta disposición no podía, pues, ser considerada como razonable, sobre todo en la medida en que la decisión tomada era permanente y no fijaba un término al período de tiempo durante el cual el propietario podía ser privado del disfrute de su propiedad, como consecuencia de la decisión discrecional de la autoridad administrativa.⁹⁴

Una Ley del Estado sobre la protección de la seguridad pública⁹⁵ preveía la imposición de una multa colectiva a los habitantes de una región en los términos siguientes: "Si el Gobierno del Estado estima que los habitantes de una región determinada han cometido

⁹⁰ *Durgaji c. State of Bihar*, A.I.R. 1953 Pat. 65.

⁹¹ *Mulaimchand c. Katni Municipality*, A.I.R. 1957 M.P. 50.

⁹² *State of Bihar c. Kameshwar*, (1952) S.C.R. 889.

⁹³ *In re The State of Madras*, A.I.R. 1957 Mad. 692; *Narasimha c. Dt. Magistrate*, A.I.R. 1953 Mad. 476.

⁹⁴ *Raghubir c. Court of Wards*, A.I.R. 1953 S.C. 373.

⁹⁵ *Bihar Maintenance of Public Order Act* (Ley del Estado de Bihar relativa al mantenimiento del orden público), de 1949.

o han ayudado a cometer delitos que van en detrimento del orden público... el gobierno del Estado puede imponer, mediante una ordenanza, una multa colectiva a los habitantes de la región en cuestión." La Corte Superior de Patna⁹⁶ decidió que esta disposición constituía una restricción exagerada al derecho a la propiedad, tanto desde el punto de vista del fondo como desde el punto de vista del procedimiento. Del punto de vista del fondo, la Corte Superior estimó que la disposición resultaba exagerada en la medida en que trataba de verificar una substitución de responsabilidad, y también porque los términos en los que se imponía la multa eran vagos e indeterminados, no siendo advertidas las partes interesadas del procedimiento a seguir para evitarla. La decisión sobre este extremo recuerda las decisiones norteamericanas, como *Screws U.U.S.*⁹⁷ y *Burstyn contra Wilson*.⁹⁸ Del punto de vista del procedimiento, también estimó la Corte Superior que la disposición era exagerada, puesto que esta Ley dejaba de lado la competencia de los tribunales judiciales y autorizaba al Ejecutivo a imponer de forma discrecional una multa sin avisar a los habitantes de la región en cuestión.

B. Derecho a no ser privado arbitrariamente de su propiedad

Artículo 17(2) de la Declaración Artículo 31, párrafo 1, de la
Constitución de la India

"2: Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad."

"Nadie puede ser privado de su propiedad si no es mediante una ley."

Mientras que el Artículo 19, párrafo 1(f), de nuestra Constitución – ya citado – protege al individuo contra las *restricciones* arbitrarias impuestas al disfrute del derecho a la propiedad, el Artículo 31, párrafo 1, tiende a proteger al individuo contra toda *privación* de su propiedad por parte del Ejecutivo, salvo por la autoridad de la ley. A este respecto también, la protección que figura en nuestra Constitución es tan extensa como la prevista por la Declaración Universal de Derechos del Hombre, y así puede verse que la Suprema Corte ya anuló la incautación por la policía de los bienes de una persona⁹⁹ o la revocación por el gobierno de un donativo hecho por un propietario indio,¹⁰⁰ fuera de los casos previstos por la ley.

⁹⁶ *Ajablal c. State of Bihar*, A.I.R. 1956 Pat. 137.

⁹⁷ 325 U.S. 91 (1944).

⁹⁸ 343 U.S. 495 (1952).

⁹⁹ *Wazir Chand c. State of H.P.*, A.I.R. 1954 S.C. 415.

¹⁰⁰ *Virendra c. Union of India*, (1955) S.C.R. 415.

LIBERTAD EN LA ELECCION Y EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION

La Constitución de la India garantiza otro derecho civil: el derecho de ejercer una profesión, de tener una ocupación, de ejercer un comercio — a reserva de determinadas restricciones expresamente especificadas —, derecho que no es especificado con la misma fuerza en las Cartas internacionales, salvo en la medida en que está incluido en el derecho “al trabajo y a la libre elección de su profesión”.¹⁰¹

El Artículo 19, párrafos 1(g) y 6 de la Constitución india prevé:

“(1). Todos los ciudadanos tendrán derecho:

g) de practicar cualquier profesión o de ejercer cualquier ocupación, comercio o negocio.

“(6). Nada del apartado g) de dicho párrafo afectará a la aplicación de toda ley existente o impedirá al Estado dictar cualquier ley que, en interés del orden, de la moralidad y la salud pública, imponga restricciones al ejercicio del derecho otorgado por el mencionado apartado y en particular toda ley que prescriba o dé a cualquier autoridad el poder de prescribir las calificaciones profesionales o técnicas necesarias al ejercicio de toda profesión, ocupación, comercio o negocio.”

Se ha sostenido en la India que la libertad garantizada por la anterior disposición, no comprendía más que el derecho natural de abrir un comercio o entrar en una profesión, derecho que todo individuo posee como miembro de una sociedad civilizada. No puede creerse que esto supone también los derechos *establecidos* por una ley y de los cuales no puede disfrutarse más que en las condiciones y límites fijados por la ley en cuestión.¹⁰² Por ejemplo, un abogado no puede reivindicar el derecho “fundamental” de actuar ante no importa que tribunal o autoridad. Por la misma razón, nadie puede pretender al derecho reconocido por la Constitución de ejercer una actividad que, por su misma naturaleza, es tan perjudicial que la sociedad civilizada la considera como *res extra commercium*, por ejemplo, el juego.¹⁰³

Entre las restricciones que en virtud de la Constitución puede imponer el Estado “en el interés general” a la libertad de elegir una profesión o un comercio, pueden mencionarse: las limitaciones a las importaciones y exportaciones con el propósito de mantener la estabilidad económica del país¹⁰⁴ y de proteger las industrias naciona-

¹⁰¹ Artículo 23 de la Declaración Universal; Artículo 6, párrafo 1, del Proyecto de Pacto relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Yearbook on Human Rights*, 1952, pág. 428).

¹⁰² *Mulchand c. Mukund*, A.I.R. 1952 Bom. 296; *Rangaswami c. Industrial Tribunal*, A.I.R. 1954 Mad. 553; *Ananthakrishnan c. State of Madras*, A.I.R. 1952 Mad. 395 (402).

¹⁰³ *State of Bombay c. Chamarbaugwala*, A.I.R. 1957 699 (718).

¹⁰⁴ *Khader c. Subramania*, A.I.R. 1952 Mad. 840

les;¹⁰⁵ las impuestas a la venta de productos de primera necesidad con el objeto de asegurar una distribución y un reparto equitativos a precios justos;¹⁰⁶ las limitaciones al derecho de ejercer una profesión, por ejemplo la de abogado, con vista a respetar las exigencias de la vida pública;¹⁰⁷ y las que corresponden a las condiciones y horas de trabajo en tiendas y empresas comerciales.¹⁰⁸

Por lo que se refiere a las restricciones que el Estado puede *razonablemente* imponer a esta libertad, se ha reconocido que no se puede formular ninguna regla uniforme o rígida. El carácter razonable de la restricción dependerá de la naturaleza del comercio y de las condiciones de explotación del mismo.¹⁰⁹

La Suprema Corte estableció una distinción fundamental entre los comercios que *por su misma naturaleza son peligrosos o nocivos* para la sociedad y todos los demás.

A. Por lo que se refiere a los comercios y actividades peligrosas e inmorales por naturaleza, como el tráfico de productos tóxicos, la trata de mujeres¹¹⁰ o la fabricación o venta de bebidas alcohólicas,¹¹¹ el Estado puede llegar a prohibirlos completamente. Y nadie podrá pretender que la prohibición absoluta en esos casos no constituye una restricción "razonable".

B. Incluso si un comercio o una profesión no es peligroso por naturaleza, puede, merced a determinados caracteres o a ciertas condiciones particulares, causar perjuicio al interés general. En consecuencia, en esos casos, el Estado tiene derecho a imponer restricciones o bien a adoptar una reglamentación que tenga en cuenta el interés general de la sociedad que tiene que proteger, restricciones que serían proporcionales al perjuicio que debe prevenirse, por ejemplo, daño a la salud o a la moral públicas, abastecimiento de productos esenciales, etc. Algunas profesiones, a causa del ruido que ocasionan, los olores que desprenden o los peligros que las acompañan, exigen una reglamentación particular a la localidad en que se ejercen. Otras, por el carácter peligroso de los productos empleados, fabricados o vendidos, también exigen la calificación de las personas que están autorizadas a emplear, fabricar o vender esos productos.¹¹²

¹⁰⁵ *Bhatnagars and C^o c. Union of India*, A.I.R. 1957 S.C. 478 (482).

¹⁰⁶ *Ibid.*, *M. B. Cotton Association c. Union of India*, A.I.R. 1954 S.C. 634.

¹⁰⁷ *Sakhwant c. State of Orissa*, A.I.R. 1955 S.C. 166.

¹⁰⁸ *Matrumal c. Chief Inspector*, A.I.R. 1952 All. 773.

¹⁰⁹ *Cooverjee c. Excise Commissioner*, (1954) S.C.R. 873.

¹¹⁰ *C.S.S. Motor Services c. State of Madras*, (1950) 2 M.L.J. 894 (910). La trata de seres humanos está expresamente prohibida, en todas sus formas, por el Artículo 23 de la Constitución.

¹¹¹ *Cooverjee c. Excise Commissioner*, (1954) S.C.R. 873.

¹¹² *Ibid.*

En lo que concierne a los servicios esenciales a la comunidad, resulta conveniente imponer restricciones que, en determinados casos, pueden convertirse en prohibición total durante un período determinado de toda actividad normal.¹¹³ Por otra parte, la prohibición total a tal o cual persona, o a todo el mundo, de ejercer una actividad normal resulta exagerada, por ejemplo, el derecho de ejercer un comercio de legumbres al por mayor¹¹⁴ o de crear o hacer funcionar un comercio de ganado.¹¹⁵ Asimismo, una ley no puede otorgar al gobierno el poder de obligar a los comerciantes a venderle su *stock* a un precio cualquiera, fijado por el propio gobierno.¹¹⁶

Es completamente normal que, para hacer una distribución equitativa de productos – o de servicios – considerados como esenciales a la comunidad y para que sean puestos a la disposición del público a precios justos, se reglamente la venta de los mismos por la intercesión de vendedores provistos de una autorización, a los cuales son concedidas determinadas cantidades de productos sin que tengan derecho a venderlos a precios superiores a los fijados por las autoridades de control.¹¹⁷ Pero, si cuando se trata de un producto que se encuentra en el mercado en condiciones normales, el poder de conceder las autorizaciones se deja a la completa discreción de la Administración sin darle ninguna directiva y sin prever ningún medio de control, entonces la ley impondría una restricción exagerada, puesto que sometería la libertad de ejercer un comercio al capricho de un funcionario, y también porque no establecería un justo equilibrio entre la libertad garantizada por el Artículo 19, párrafo 1(g), y el control por la sociedad, previsto por el párrafo 6 del mismo Artículo.

Con el objeto de evitar que la mano de obra agrícola de una región determinada no sea empleada en trabajos que no sean del campo, el Estado puede prohibir el empleo de gente con fines no agrícolas, a condición que esa prohibición quede limitada a las personas adultas capaces de ser empleadas en los trabajos de la tierra y que no vaya más allá de la estación de trabajos del campo. Si la restricción desborda ese período, la Corte la anulará como exagerada.¹¹⁸

Se pueden establecer reglamentos con el objeto de asegurar las condiciones de conservación e higiene en los mercados, pero una persona no puede verse negar el derecho de organizar un mercado

¹¹³ *Madhya Barat Cotton Association c. Union of India*, A.I.R. 1954 S.C. 634; *Harishankar c. State of M.P.*, (1955) 1 S.C.R. 380.

¹¹⁴ *Rashid Ahmed c. Municipal Board*, (1950) S.C.R. 566.

¹¹⁵ *Tahir Hussain c. Dist. Board*, A.I.R. 1954 S.C. 630.

¹¹⁶ *State of Rajasthan c. Nathmal*, (1954) S.C.R. 982.

¹¹⁷ *Dwarka Prasa c. State of Uttar Pradesh*, (1954) S.C.A. 204 (211).

¹¹⁸ *Chintamanrao c. State of M. P.*, (1950) S.C.R. 159.

en su propio terreno simplemente con el pretexto de que no pueden concederse las autorizaciones a particulares.¹¹⁹

SEGURIDAD PERSONAL

Este tema será estudiado en las dos secciones siguientes:

- A. protección de la seguridad personal,
- B. garantías contra la detención y encarcelamiento arbitrarios, previstas respectivamente por los Artículos 21 y 22 de la Constitución de la India.

A. El Artículo 21 corresponde al Artículo 9, párrafos 1 y 2 del Pacto:

Art. 9, párrafos 1 y 2 del Pacto	Art. 21 de la Constitución de la India
----------------------------------	--

“(1) Nadie puede ser objeto de detención o encarcelamiento arbitrarios.

“(2) Nadie puede ser privado de su libertad, si no lo es por motivos y de acuerdo con el procedimiento previstos por la ley.”¹²⁰

“Nadie será privado de la vida o de su libertad personal, si no lo es de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley.”

La anterior disposición de la Constitución de la India protege a todo individuo, bien sea ciudadano indio o extranjero, contra la detención y el encarcelamiento arbitrarios por parte del Ejecutivo. Antes de que una persona sea privada de la vida o de su libertad personal, el procedimiento establecido por la ley debe ser estrictamente respetado, y se produce una infracción cualquiera del procedimiento o de las condiciones impuestas por la ley, los tribunales intervendrán para que se ponga en libertad a la persona encarcelada.¹²¹ La Suprema Corte ha señalado más de una vez que los que se ven llamados a privar a otras personas de su libertad personal, cumpliendo así lo que estiman su deber, deben observar estricta y escrupulosamente las condiciones de forma y fondo previstas por la ley.¹²²

Al igual que en Inglaterra y en los Estados Unidos, el *habeas corpus* es un instrumento poderoso puesto a disposición de los tribunales superiores para obtener la libertad de un detenido, privado de su libertad con infracción de las condiciones exigidas por la ley. En un cierto número de asuntos, la Suprema Corte se ocupó ya de tales casos de detenciones y encarcelamientos. Incluso si al diferir un

¹¹⁹ *Ganapati c. State of Ajmer*, A.I.R. 1955 S.C. 188.

¹²⁰ El Artículo 8, párrafo 1, del Proyecto de Pacto relativo a los Derechos civiles y políticos contiene una disposición semejante.

¹²¹ *Makhan Singh c. State of Punjab*, (1952) S.C.R. 368.

¹²² *Ram Narain c. State of Bombay*, (1953) S.C.R. 652.

proceso el tribunal omite confirmar la orden de detención, como establece el Artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, éste olvido es considerado como motivo suficiente para poner en libertad a un detenido cuyo proceso se halla pendiente.¹²³

B. Las garantías de procedimiento contra la detención y encarcelamiento arbitrarios están previstas por el Artículo 22, párrafos 1, 2 y 3 de la Constitución de la India, que corresponde al Artículo 9, párrafos 3 y 4 del Pacto:

Art. 9, párrafos 3 y 4 del Pacto

Art. 22, párrafos 1, 2 y 3 de la Constitución de la India

“(3) Todo individuo detenido será rápidamente informado de los motivos de su detención y de toda acusación dirigida contra él.

“(4) Todo individuo detenido o encarcelado por haber cometido un crimen o por tentativa de crimen, será inmediatamente conducido ante un juez u otra autoridad habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales y juzgado en un plazo razonable o puesto en libertad. La concesión de la libertad antes del proceso puede subordinarse a las garantías que aseguren la comparencia del interesado a la audiencia.”

“(1) Ninguna persona detenida será encarcelada sin ser informada, desde que sea posible, de los motivos de esa detención y no se verá negar el derecho de consultar un abogado de su elección y confiarle su defensa.

“(2) Toda persona detenida y encarcelada será llevada ante el magistrado más próximo en un plazo de 24 horas, en el que no está incluido el tiempo necesario para el viaje del lugar de detención hasta el tribunal de ese magistrado, y nadie será encarcelado pasado dicho plazo sin sanción del magistrado en cuestión.

“(3) Las cláusulas (1) y (2) no se aplicarán:

a) al que sea, en la época, una persona enemiga;

b) al que sea detenido y encarcelado en virtud de toda ley que prescriba la prisión preventiva.”

Es evidente que el párrafo 1 del Artículo 22 de nuestra Constitución, citado anteriormente, constituye un progreso con respecto al párrafo 3 del Artículo 9 del Pacto, puesto que garantiza al acusado el derecho de ser defendido por un abogado. El objeto de disponer del derecho de ser informado de los motivos de la detención es que la persona detenida, al conocer los motivos, se encuentra en situación de hacer una petición al tribunal competente para ser puesto en libertad bajo fianza, o de dirigirse a la Corte Superior o la Suprema Corte para obtener el *habeas corpus*. Este derecho de ser informado permite igualmente a la persona detenida el preparar su defensa con tiempo suficiente antes de su proceso,¹²⁴ y cuando la causa se ve ante el tribunal para el *habeas corpus*, éste último aprecia de

¹²³ *Ram Narain c. State of Delhi*, (1953) S.C.R. 652.

¹²⁴ *Vimal Kishore c. State of U.P.*, A.I.R. 1956 All. 56.

manera soberana si las autoridades que procedieron a la detención han comunicado los motivos de la misma tan pronto como las circunstancias lo permitieron; si estima que ya ha transcurrido un lapso de tiempo suficiente y que la persona detenida aún no ha sido informada de los motivos de su detención, el tribunal puede ordenar su libertad inmediata.¹²⁵ El derecho de consultar a un abogado de su elección desde el momento mismo de su detención, proporciona a la persona encarcelada una garantía suplementaria: la de que será defendida convenientemente ante el tribunal ante el cual comparecerá en virtud del párrafo 2. La garantía prevista por el párrafo 1 se aplica incluso durante el desarrollo del proceso, habiéndose sostenido que cuando un proceso tiene lugar sin que el acusado haya sido informado de la fecha y sin que se le haya dado la ocasión de comunicar con su abogado, la inculpación puede ser abandonada.¹²⁶

El párrafo 2 del Artículo 22 de nuestra Constitución concede una garantía particular sobre un extremo que el párrafo 4 del Artículo 9 del Pacto no puntualiza. En lugar de emplear la palabra "rápidamente", este párrafo fija un plazo de 24 horas (no incluido el tiempo necesario para el viaje desde el lugar de detención hasta la sede del tribunal), teniendo que ser llevada la persona detenida ante el magistrado más próximo dentro de dicho plazo, es decir, ante el magistrado de un tribunal competente en materia criminal y que celebre sus sesiones como órgano jurisdiccional.¹²⁷ Una vez transcurrido el plazo de 24 horas, y si las disposiciones del párrafo no han sido respetadas, la persona encarcelada tiene derecho a ser puesta en libertad inmediatamente; la Suprema Corte se pronunció en este sentido en un asunto muy conocido, en el que una persona fué detenida por orden del presidente de la Asamblea.¹²⁸ Las disposiciones de la Constitución mencionadas anteriormente ofrecen, pues, garantías contra toda detención arbitraria, efectuada por cualquier autoridad sin la correspondiente orden de detención extendida por el tribunal. En este caso, la persona encarcelada tiene la seguridad de que habrá una decisión judicial sobre la cuestión y validez de su detención lo más pronto posible. El procedimiento que el tribunal deberá seguir cuando la persona detenida es llevada ante el mismo, está expuesto en las disposiciones de derecho común sobre Procedimiento Penal (Cf. Artículo 167 del Código de Procedimiento Penal de 1898).

El párrafo 3 del Artículo anteriormente mencionado de la Constitución de la India contiene una disposición que no se encuen-

¹²⁵ *State of Bombay c. Atma Ram*, 1951 S.C.R. 167.

¹²⁶ *Hans Ram c. State*, A.I.R. 1956 All. 641.

¹²⁷ *Hariharanand c. Jailor*, A.I.R. 1954 All. 641.

¹²⁸ *Gunupati c. Naziful*, A.I.R. 1954 S.C. 636.

tra en el Pacto de Derechos del Hombre, pero que parece haber sido prevista por el Artículo 3 del Pacto relativo a los Derechos civiles y políticos. Contiene una excepción a las garantías mencionadas anteriormente para las personas enemigas y para las detenidas en virtud de la ley sobre detención preventiva. Sin embargo, por lo que a las personas enemigas se refiere, pocas personas piden se les otorgue tales derechos y la situación de un enemigo en un país como el Reino Unido apenas es mejor.¹²⁹

Por otra parte, la detención preventiva es una institución desconocida en los Estados Unidos y en el Reino Unido en tiempos de paz. Esta disposición adoptada por la Constitución de la India como medida permanente fué ampliamente aplicada y ha permitido la detención preventiva tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Pero, aparte las circunstancias particulares que han obligado a la adopción de esta medida excepcional por la Constitución, varios hechos relativos a su puesta en práctica deben de ser tomados en consideración antes de juzgar el valor de la disposición en cuestión, que aparentemente constituye una medida retrógrada. En primer lugar, la propia Constitución prevé en los párrafos 4-7 del Artículo 22, garantías precisas contra todo abuso de ese poder y el derecho al *habeas corpus* pertenece incluso a aquellas personas arrestadas de acuerdo con la ley sobre la detención preventiva promulgada en ejecución de la disposición constitucional citada anteriormente. Además, como se verá más adelante, ha existido un determinado número de casos en los cuales la Suprema Corte y las Cortes Superiores anularon las órdenes de detención preventiva en el curso del procedimiento de *habeas corpus*. En tercer lugar, las anteriores disposiciones de la Constitución no se aplican automáticamente, puesto que precisan de la adopción por parte del poder legislativo de una ley en las condiciones definidas por el citado Artículo. En consecuencia, el Parlamento indio adoptó en 1950 la Ley sobre la detención preventiva, la cual, junto con sus enmiendas, constituye actualmente la ley sobre dicha forma de arresto. Las disposiciones de la misma han protegido de la manera más eficaz los derechos del individuo. Es preciso recordar que si una disposición cualquiera de esta ley viola las condiciones impuestas por el mencionado Artículo de la Constitución, puede ser llevada ante los tribunales como anticonstitucional, tal como ocurrió en el célebre asunto de *Gopalan contra el Estado de Madrás*.¹³⁰ Por último, si el juicio sobre la oportunidad de una medida debe depender del uso que se hace de la misma, también es de señalar que de hecho existen actualmente muy pocas personas encarceladas en virtud de esa ley. A finales de 1957, el número total de esas personas ascendía

¹²⁹ R. c. *Knockaloe Camp Commandant*, (1917) 87 L. J. (K. B.) 43.

¹³⁰ (1950) S.C.R. 88.

a 200, aproximadamente,¹³¹ y lo más probable es que en la hora actual se haya reducido a un puñado de hombres, contra los cuales no se puede, en interés de la seguridad del Estado, emprender un proceso regular en el cual la acusación tendría que probar los hechos alegados, como prevé el procedimiento de lo criminal. La falta de lugar no nos permite extendernos más sobre este tema, pero podemos concluir afirmando que el poder judicial indio ejerce un eficaz control con el objeto de descubrir todo abuso posible cometido por el Estado en el funcionamiento de ese poderoso elemento que es el aparato administrativo. Es así que los tribunales anulaban la ordenanza de encarcelamiento, no sólo porque había violado las disposiciones de la propia Ley — por ejemplo, porque la administración no había indicado al detenido los motivos de su detención en un plazo razonable, tal como lo exige el Artículo de la Ley,¹³² sino asimismo porque fueron violadas las condiciones del Artículo 22 de la Constitución. Gracias a esas condiciones, la Suprema Corte puede examinar los motivos de acusación comunicados al detenido para ver si guardan una relación con la seguridad del Estado o el mantenimiento del orden público, para así decidir qué modo de detención preventiva está prevista por la Constitución¹³³ o si las razones ofrecidas por el detenido son suficientes para permitirle presentar una demanda valedera¹³⁴ o si la orden de detención fué lanzada de *mala fe*, es decir, por un motivo diferente al que se proponía el legislador al adoptar la ley en cuestión.¹³⁵

LIBERTAD DE RELIGION

La disposición sobre la libertad de religión, garantizada por el Artículo 25 de nuestra Constitución, es comparable al Artículo 16 del Pacto de Derechos del Hombre de 1950, al cual corresponde el Artículo 15, párrafos 1 y 3 del Proyecto de Pacto relativo a los Derechos civiles y políticos de 1952.

Artículo 16 del Pacto

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho supone la libertad de mantener o de cambiar su religión o su convicción, así como la libertad de manifestar

Art. 86 de la Constitución india

“(1). Salvo por lo que se refiere al orden, la moralidad y la sanidad pública, así como las otras disposiciones de esta Parte, todas las personas tienen los mismos derechos a la libertad de conciencia y el derecho

¹³¹ Véase *Lok Sabha Debates* (Discusiones en el Lok Sabha), del 9 de diciembre de 1957.

¹³² *State of Bombay c. Atma Ram*, (1951) S.C.R. 167.

¹³³ *Gopalan c. State of Madras*, (1950) S.C.R. 88.

¹³⁴ *Tarapada c. State of West Bengal*, (1951) S.C.R. 212.

¹³⁵ *De Souza c. State of Bombay*, (1956) S.C.R. 382.

su religión o su convicción individualmente o en común, en público y en privado, mediante el culto y ejecución de los ritos, las prácticas y la enseñanza.¹³⁶

(2) La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de otras restricciones que las previstas por la ley, y que sean razonables y necesarias para la protección de la seguridad, del orden y de la salud pública, o de la moral o de las libertades y derechos fundamentales del prójimo.¹³⁷

de profesar, practicar y propagar libremente su religión.

(2) Nada en el presente artículo afectará la aplicación de toda ley existente o impedirá al Estado de hacer cualquier ley:

(a) que reglamente o limite toda actividad económica, financiera, política o cualesquiera otra actividad secular que pueda guardar relación con una práctica religiosa;

(b) que tenga por objetivo el bienestar social o la reforma social, o la abertura de instituciones religiosas hindúes de carácter público, a toda clase o categoría de hindús . . ."

Salvo con las restricciones previstas por el artículo anterior, toda persona tiene el derecho fundamental, de acuerdo con la Constitución, no sólo de tener la convicción religiosa que su juicio o su conciencia aprueben, sino también de profesar su creencia o sus ideas mediante actos tales como los que su religión le ordena cumplir, así como, además, de propagar sus ideas religiosas con el propósito de atraer a su prójimo. Poco importa, igualmente, que esta propaganda sea obra de una persona en su calidad propia o en nombre de una Iglesia o institución religiosa.¹³⁷ La libertad de conciencia no tendría sentido si no se viera completada por la libertad espiritual total, manifestada mediante palabras y actos. Mientras que la libertad de "profesar su fe" significa el derecho del creyente a profesar públicamente su fe, la libertad de "práctica religiosa" no tiene otra significación que el derecho de dar expresión a esta libertad bajo las formas de un culto privado y público.¹³⁸ Las únicas restricciones a la libertad de religión mencionadas en el Artículo, son: el orden, la moralidad y la salud pública; la reglamentación de la actividad no religiosa ligada a una práctica religiosa; el bienestar social y la reforma social; la apertura de instituciones religiosas hindúes de carácter público a todas las clases de la India; otras disposiciones de la Constitución.

A cuantos conocen el papel que desempeña la religión en la vida del hombre de la calle en la India, las atrevidas declaraciones del mencionado Artículo aparecerán como muy avanzadas. Es preciso señalar que no sólo los ciudadanos indios, sino todas las personas, incluso los extranjeros, pueden beneficiar de esa garantía. El campo de aplicación de la misma ilustra el ideal del Estado laico, tal como fué concebido por los autores de la Constitución de la India.

¹³⁶ El artículo 18 de la Declaración Universal tiene el mismo contenido

¹³⁷ *Ratilal c. State of Bombay*, (1954) S.C.R. 1055.

¹³⁸ *Hindu Religious Endowments c. Lakshmindra*, (1954) S.C.R. 1005.

No tenemos en la India una Iglesia oficial, y, no obstante la explotación política en el pasado de las creencias religiosas, la Constitución de la India libre sitúa a todas las personas que residan en su territorio en un mismo pie de igualdad y de libertad, no solamente en materia de profesión de fe sino también de práctica religiosa. No podía esperarse mejor aplicación del Pacto internacional.

La Constitución de la India supone incluso un progreso con respecto al Pacto, puesto que refuerza la garantía mencionada anteriormente mediante otras disposiciones. Por ejemplo, la libertad de práctica religiosa se ve completada por la garantía prevista en el Artículo 26, según el cual toda confesión religiosa tiene derecho de poseer, adquirir y administrar bienes de acuerdo con la ley y con reservas del orden, la moralidad y la salud pública. La reglamentación del derecho de administrar bienes, garantizado por el Artículo 26, no justifica una ingerencia del Estado en la práctica religiosa o en el cumplimiento de actos que se refieran a la creencia religiosa, puesto que esa práctica y esos actos forman parte de la religión de la misma manera que la fe y la creencia en doctrinas particulares. Por lo tanto, ni el Estado ni ninguno de sus órganos tienen derecho, con el pretexto de controlar la administración de una donación religiosa, de pretender que los ritos y las ceremonias particulares no constituyen una parte esencial de la religión, a menos que no sean ilegales.¹³⁹

Existen en la propia Constitución otras dos disposiciones expresas que recogen los principios planteados en los Estados Unidos por determinadas decisiones jurisdiccionales. Por ejemplo, el Artículo 27 contiene el principio establecido en el proceso *Everson contra Board of Education*,¹⁴⁰ o sea, que nadie puede ser obligado a pagar un impuesto si los ingresos están especialmente destinados a cubrir los gastos de propaganda o mantenimiento de toda religión o confesión religiosa particular. En un Estado neutro en materia religiosa, resultaría contrario al espíritu de la Constitución permitir que aquel conceda fondos procedentes del erario para la propaganda o mantenimiento de una religión particular.

Asimismo, el Artículo 28 garantiza el principio enunciado en los Estados Unidos durante el asunto *McCollin contra Board of Education*.¹⁴¹ Efectivamente, este Artículo prevé que en un establecimiento de Educación mantenido enteramente por el Estado no se dará ninguna instrucción religiosa, y que una persona que frecuente un establecimiento de educación reconocido por el Estado, o que reciba una ayuda económica del Estado, no será obligada a tomar parte en una enseñanza religiosa cualquiera dada en ese mismo establecimiento.

¹³⁹ *Ratilal c. State of Bombay*, (1954) S.C.R. 1055.

¹⁴⁰ 330 U.S. 11 (16) (1946).

¹⁴¹ 333 U.S. 203 (1948).

GARANTIAS LEGALES EN UN PROCESO CRIMINAL

Protección contra la retroactividad de la ley penal

En este dominio, la garantía está prevista por el párrafo 1 del Artículo 20 de la Constitución de la India, el cual puede compararse al Artículo 14 del Pacto de Derechos del Hombre de 1950, y al párrafo 1 del Artículo 13 del Proyecto de Pacto relativo a los Derechos civiles y políticos, de 1952.

Artículo 14 del Pacto

"Nadie será condenado por un delito penal, acciones u omisiones, que no constituya un acto delictivo según el Derecho nacional o internacional en el momento en que fué cometido. Asimismo, no será infligida una condena más elevada que la que era aplicable en el momento en que el delito penal fué cometido."¹⁴²

Art. 20, pár. 1 de la Constitución

"Nadie será inculcado por un delito cualquiera si no ha violado una ley en vigor en el momento en que cometió el acto incriminado, ni penable de una condena más grave que la que podía haberle sido infligida en virtud de la ley en el momento en que el delito fué cometido."¹⁴³

Es evidente que la disposición de la Constitución de la India que acabamos de reproducir protege al individuo, de la misma manera que el Internacional, contra toda legislación criminal retroactiva. La Suprema Corte ha juzgado que el hecho de emplear la expresión "será considerada como estando en vigor" no implica que una ley que cae bajo el peso del párrafo anteriormente citado, pueda ser aplicada con efecto retroactivo.¹⁴³ Sin embargo, como la Suprema Corte lo ha sostenido, la prohibición de esta legislación retroactiva sólo corresponde a los disposiciones de derecho positivo relativas a la creación de un delito y a la pena que acarrea, y esta prohibición no se aplica ni al procedimiento¹⁴⁴ a seguir en un proceso, ni a otras condenas que a las criminales.¹⁴⁵ Lo esencial de la garantía consiste en que nadie puede ser inculcado por haber cometido un acto que según la ley en vigor en el momento de cometerlo no constituía un delito, y que el inculcado no puede ser condenado a otras penas que las prescritas por la ley en vigor en el momento en que el delito en cuestión fué cometido. Si una enmienda a la ley, adoptada posteriormente a la realización del delito, prevé una pena suplementaria más severa, esa enmienda no tendrá efecto sobre la suerte del inculcado por lo que al delito en cuestión se refiere.¹⁴⁶

¹⁴² El Artículo 13, párrafo 1, del Proyecto de Pacto tiene el mismo contenido, salvo que define de manera más precisa la extensión de la garantía.

¹⁴³ *Shiv Bahadur c. State of V.P.*, (1953) S.C.R. 1188.

¹⁴⁴ *Prahlad c. State of Bombay*, A.I.R. 1952 Bom. 1.

¹⁴⁵ *Shiv Bahadur c. State of Vindhya Pradesh*, (1953) S.C.R. 1188.

¹⁴⁶ *Kedar Nath c. State of West Bengal*, A.I.R. 1953 S.C. 404.

Prohibición de declarar contra sí mismo

La garantía del párrafo 3 del Artículo 20 de la Constitución de la India es, a este respecto, comparable al Artículo 12, párrafo 2(f), del Proyecto de Pacto relativo a los Derechos civiles y políticos de 1952:

Artículo 12, párrafo 2(f) del Proyecto de Pacto

Artículo 20, párrafo 3, de la Constitución de la India

“Cuando el tribunal establezca la razón de toda acusación dirigida contra un acusado, éste tendrá derecho al menos a las garantías siguientes: . . . no ser forzado a declarar contra sí mismo.”

“Ninguna persona acusada de un delito cualquiera será obligada a declarar contra sí misma.”

Esta disposición de la Constitución de la India impide que la persona acusada de un delito sea obligada a declarar contra sí misma. La Suprema Corte ha ampliado, no obstante, la protección prevista por esta disposición dando a la expresión “sí misma” una interpretación extensiva, de manera que, de hecho, la garantía no es inferior a la prevista por el Proyecto de Pacto. Por ejemplo, la Suprema Corte ha hecho notar¹⁴⁷ que la palabra “declarar” no debe ser interpretada en el sentido de “deponer como testigo”, sino que incluye todo testimonio susceptible de facilitar la prueba de los cargos lanzados contra el acusado. De ello se deduce que el tribunal no puede ordenar al acusado el presentar un documento que se considera falso.¹⁴⁸ Pero el derecho de procurarse un documento haciendo que el tribunal lance una orden de registro, ha sido mantenido por la razón de que este procedimiento no obliga al acusado a presentar él mismo el documento.¹⁴⁹

Además, se ha sostenido que la palabra “testigo” se aplica no sólo al acusado en un proceso, sino también a toda persona contra la cual ha sido lanzada una acusación formal que normalmente podría acarrear diligencias judiciales. La protección se aplica igualmente a todo testimonio obtenido antes del proceso por coacción y que en realidad puede causar diligencias judiciales contra la persona que ha declarado. El alcance de la protección ha sido así ampliada, al igual que en los Estados Unidos.¹⁵⁰

¹⁴⁷ *Sharma c. Satish*, (1954) S.C.R. 1077.

¹⁴⁸ *Krishnan c. State of Kerala*, A.I.R. 1957 Ker. 78; *Ramalinga c. Commr. of I.T.*, A.I.R. 1956 Mad. 145.

¹⁴⁹ *Sharma c. Satish*, (1954) S.C.R. 1077.

¹⁵⁰ Cf. *Betts c. Brady*, 316 U.S. 456 (1946); *Boyd c. U.S.*, 1816 U.S. 616 (1886).

Sin embargo, el Artículo en cuestión no se aplica cuando no es probable que una persona sea acusada de un delito criminal.¹⁵¹

PROTECCION CONTRA EL TRABAJO FORZADO

Las disposiciones del Artículo 23 de la Constitución de la India son comparables a las del Artículo 8 del Pacto de Derechos del Hombre de 1950, y a las del Artículo 7 del Proyecto de Pacto relativo a los Derechos civiles y políticos de 1952.

Artículo 8 del Pacto

“1. Nadie será mantenido en esclavitud; la esclavitud y la trata de blancas, en todas sus formas, están prohibidas.¹⁵²

2. Nadie será mantenido en servidumbre.

3. Nadie será obligado a cumplir un trabajo forzado u obligatorio, salvo en cumplimiento de una condena de trabajos forzados infligida por un tribunal competente.

4. No es considerado como trabajo forzado u obligatorio, en el sentido del presente Artículo:

(a) todo trabajo que no equivale a un trabajo forzado requerido, en la rutina normal de la vida en prisión, de un individuo encarcelado en virtud de una decisión de justicia regular;

(b) todo servicio de carácter militar, y, en los países donde está admitida la objeción de conciencia, todo servicio nacional obligatorio exigido a los que formulan esas objeciones en virtud de la ley;

(c) todo servicio exigido en los casos de fuerza mayor o de siniestros que amenacen la vida o el bienestar de la comunidad;

(d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 23 de la Constitución de la India

“(1) El tráfico de personas humanas, el *begâr* y otras formas similares de trabajo forzado están prohibidos y toda infracción a esta disposición constituirá un delito punible de acuerdo con la ley.

(2) Nada de este Artículo impedirá al Estado imponer el servicio obligatorio por razones de interés público. Al imponer este servicio, el Estado no hará ninguna discriminación de raza, religión, casta o clase.

La esclavitud, en su forma antigua, tal vez no constituya hoy día un problema para la mayor parte de los Estados, pero sus formas

¹⁵¹ *Magbool c. State of Bombay*, A.I.R. 1953 S.C. 325; *Calcutta Cycle Motor C^o c. Collector*, A.I.R. 1956 Cal. 253.

¹⁵² Es el mismo texto del Artículo 4 de la Declaración Universal.

nuevas definidas en la Constitución de la India por el término general de "explotación" no dejan de ser un desafío menos grave a la libertad y a la civilización humanas. Es, teniendo cuenta de este hecho, que la Constitución de la India, en lugar de emplear la palabra "esclavitud" emplea la de "tráfico de personas humanas", que implica una prohibición no sólo de la esclavitud sino asimismo de la trata de mujeres, niños e inválidos, con propósito inmoral o cualquier otro fin.¹⁵³ La Constitución de la India prohíbe también toda forma de trabajo forzado que pueda semejarse al *begâr*, sistema ingenioso mediante el cual los terratenientes tenían a veces la costumbre de obligar a sus arrendatarios a trabajar gratuitamente para ellos. Lo que queda prohibido mediante esta disposición es, en consecuencia, el hecho de obligar a una persona a trabajar gratuitamente, siendo así que goza del derecho de no hacer ningún trabajo o de recibir por él una remuneración. Sin embargo, esta disposición no prohíbe el trabajo forzado en el caso de una condena por haber cometido un crimen, puesto que esta excepción se halla expresamente prevista por el Pacto Internacional. Además, en lugar de enumerar las causas de interés público, tales como el interés militar o social, o cívico, como lo hace el Pacto, la Constitución india adoptó la expresión más amplia de "razones de interés público". Esta expresión se aplicaría, pues, al reclutamiento o alistamiento obligatorio de las personas en los servicios sociales, como por ejemplo una campaña que tenga por objeto reducir el analfabetismo.¹⁵⁴

DURGA DAS BASU *

* M. A., LL. B. (Cal.); Secretario-adjunto del Gobierno de la India y Secretario encargado de la reforma legislativa en la Comisión Jurídica de la India; autor del *Commentary on the Constitution of India* (Comentario sobre la Constitución de la India).

¹⁵³ Cf. *Raj Bahadur c. Legal Remembrancer*, A.I.R. 1953 Cal. 523.

¹⁵⁴ Cf. *State c. Jorawar*, A.I.R. 1953 H.P. 18.

COMISION EUROPEA DE DERECHOS DEL HOMBRE: PROCEDIMIENTO Y JURISPRUDENCIA

La Comisión europea de Derechos del Hombre, prevista por el Convenio de salvaguardia de Derechos del Hombre y de Libertades fundamentales (artículo 19), fué instituída en mayo de 1954.

De acuerdo con los artículos 24 y 25, respectivamente, del Convenio, la Comisión tiene competencia obligatoria para conocer las demandas introducidas por una Alta Parte Contratante contra otra, y competencia facultativa para conocer las demandas introducidas por particulares que se pretenden víctimas de una infracción del Convenio por una Alta Parte Contratante.

Por lo que se refiere a la competencia de la Comisión para conocer las demandas formuladas por una Alta Parte contra otra, dos de estas demandas fueron presentadas en virtud del artículo 24. Ambas emanan del Gobierno griego y están dirigidas contra el del Reino Unido. Establecen la infracción de ciertas disposiciones del Convenio cometida en Chipre, atribuyendo al Gobierno chipriota la responsabilidad de la misma.

En cuanto a la primera de estas demandas, que la Comisión declaró admisible en junio de 1956, la Sub-comisión instituída para establecer los hechos y esforzarse en lograr un arreglo amistoso del asunto (artículos 28 y 29) está a punto de presentar su informe a la Comisión plenaria, que a su vez someterá un informe al Comité de ministros (artículo 31). Es interesante señalar que, para completar la documentación necesaria a su informe, la Sub-comisión decidió proceder a una encuesta en el propio lugar [artículo 28, § (a)] respecto a ciertos aspectos de este asunto, y a tal fin efectuó en enero de 1958 un viaje a Chipre, donde estuvo durante dos semanas, aproximadamente, y pudo escuchar a representantes de los diversos elementos de la población de la isla.

Por lo que respecta a la segunda demanda, la Comisión, durante su décima sesión de octubre de 1957, la declaró admisible en 29 de los 49 casos de sevicia alegados. Esta demanda también va a ser examinada por una nueva Sub-comisión.

Así, las dos demandas se hallan en instancia ante la Comisión, siendo pues imposible por el momento proporcionar otros informes a este respecto.

Por lo que se refiere a la competencia facultativa de la Comisión para conocer las demandas individuales, el artículo 25 del Convenio dispone:

“(1) La Comisión puede hacerse cargo de una demanda dirigida al secretario general del Consejo de Europa por toda persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se pretenda víctima de una infracción por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el presente Convenio, en el caso en que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia en la materia de la Comisión. Las Altas Partes Contratantes que hayan suscrito tal declaración se comprometen a no obstaculizar mediante cualquier medida el ejercicio de ese derecho.

(2) Estas declaraciones pueden ser hechas por un período de tiempo determinado.

(3) ...

(4) La Comisión no ejercerá la competencia que le atribuye el presente artículo más que en el caso de que seis de las Altas Partes Contratantes, como mínimo, se hallen comprometidas por la declaración prevista en los párrafos precedentes.”

La competencia de la Comisión se ha hecho efectiva el 5 de julio de 1955, por haber sido alcanzado en tal fecha el mínimo de seis aceptaciones. Esta competencia es reconocida actualmente por siete de las Partes Contratantes.¹

El presente artículo, después de una breve nota consagrada al procedimiento, tiende esencialmente a precisar el número y las características de las demandas individuales examinadas hasta el presente por la Comisión, así como a resumir la jurisprudencia que se desprende ahora de sus trabajos.

PROCEDIMIENTO DE LA COMISION

Desde su constitución, la Comisión se consagró a establecer un procedimiento para el examen de la admisibilidad de las demandas. Atenta al temor, expresado en el curso de la elaboración del Convenio, de que el reconocimiento del derecho de recurso individual ante una instancia internacional no dé lugar a abusos, y por lo tanto a trastornos para las partes contratantes, la Comisión se atribuyó el poder de declarar una demanda inadmisibile sin exponerla a la Parte Contratante acusada.

De manera general, su reglamento interior tiende a acelerar el

¹ *Bélgica*: declaración suscrita por dos años a partir del 29 de junio de 1955, renovada por un nuevo período de dos años a partir del 30 de junio de 1957. *Dinamarca*: declaración suscrita por dos años a partir del 7 de abril de 1953, renovada por un período de dos años a partir de 7 de abril de 1955 y por 5 años a partir del 7 de abril de 1957. *República Federal de Alemania*: declaración suscrita por tres años a partir del 5 de julio de 1955. *Islandia*: declaración suscrita por cinco años a partir del 25 de marzo de 1955. *Irlanda*: reconoció esta competencia el 25 de febrero de 1953 sin limitación de duración. *Noruega*: declaración suscrita por dos años a partir del 10 de diciembre de 1955, renovada por un nuevo período de dos años a partir del mes de diciembre de 1957. *Suecia*: reconoció esta competencia el 4 de febrero de 1952 por tiempo ilimitado.

examen de la admisión de las demandas, ofreciendo al mismo tiempo serias garantías a los gobiernos.

El Comité de expertos encargado de elaborar el Convenio, ya expresó en 1950 la opinión siguiente:

“En cuanto al temor expresado por la Asamblea respecto al gran número de demandas de que tendría que ocuparse la Comisión, el Comité fué del parecer que la mayor parte de esas demandas serían inadmisibles o manifiestamente mal fundadas, y que la Comisión podría establecer fácilmente en su reglamento interior un procedimiento que le permita liquidar estos asuntos sin inútil pérdida de tiempo.”

Sobre la base de los trabajos preparatorios y del texto mismo de los artículos 26 y 27 del Convenio, la Comisión reconoció que ella disponía de la facultad de aplicar el procedimiento expeditivo más arriba indicado en el examen de la admisibilidad de las demandas individuales.

En consecuencia, decidió que este examen incumbiera, en primer lugar, a grupos restringidos designados por ella, y compuestos cada uno de ellos de tres de sus miembros. Estos grupos pasarían luego un informe a la Comisión plenaria, única habilitada para decidir definitivamente sobre la cuestión (arts. 34 y 45, § 1 del reglamento interior).

La experiencia demuestra la eficacia de este sistema. En el curso de la III sesión plenaria de la Comisión, celebrada en Estrasburgo del 19 al 24 de septiembre de 1955, tres grupos de trabajo procedieron en dos días al examen previo de la admisibilidad de sesenta y tres demandas individuales. En cuanto a los nueve grupos que examinaron las demandas inscritas en el orden del día de las sesiones IV, V, VI, VII, VIII, IX y XI, necesitaron veintinueve días, en total, para ocuparse de unas doscientas noventa demandas individuales, aproximadamente.

Los grupos de tres inician el estudio de los expedientes a base de una exposición de los hechos, preparada en cada asunto por el secretariado de la Comisión. De esta manera se hallan en estado de hacerse una rápida opinión, al menos provisional, de la admisibilidad de las demandas. La Comisión plenaria, haciéndose cargo de su informe, concluye rápidamente en la mayor parte de los casos a una decisión. Puede afirmarse que, merced a este conjunto de disposiciones, su función no se ve anormalmente obstaculizada.

Preocupada, por otra parte, de no molestar en vano a los gobiernos, la Comisión ha juzgado igualmente necesario introducir una clara distinción entre las demandas procedentes de las Altas Partes Contratantes (artículo 24 del Convenio) y las formuladas por simples particulares (artículo 25 del Convenio).

Por lo que a las primeras se refiere, ella decidió, en el artículo 44 de su reglamento interior, que antes de su admisibilidad serían puestas en conocimiento de la Parte Contratante demandada.

En cuanto a las segundas, es decir, las demandas individuales, no son comunicadas a la Parte Contratante acusada en el momento de su recepción. Según los términos del artículo 45, § 2 del reglamento interior, esta comunicación sólo tiene lugar si un grupo de tres miembros estima unánimemente que la demanda "parece admisible". En tal caso, y antes de todo examen en Comisión plenaria, el presidente de la Comisión da conocimiento de la demanda, por mediación del secretario general del Consejo de Europa, al gobierno interesado e invita a éste a presentar sus observaciones por escrito la admisibilidad de la demanda.

Si, por el contrario, no existe unanimidad en el grupo de tres miembros sobre la apariencia de admisibilidad², la Comisión plenaria la demanda y puede:

- sea declararla de plano inadmisibile, sin comunicarla previamente a la Parte Contratante acusada ni invitar a ésta a formular sus observaciones escritas sobre la admisibilidad de la demanda en cuestión (artículo 45, § 3 a) del reglamento interior);

- sea ejecutar esta comunicación y hacer la invitación (artículo 45, § 3 b) del reglamento interior).

Siendo así que las demandas individuales pueden ser declaradas inadmisibles sin previa comunicación a la Alta Parte Contratante acusada, en cambio no pueden ser retenidas antes de que la Parte Contratante no haya tomado conocimiento ni tenido ocasión de expresar su punto de vista. En este último caso, la Comisión plenaria no resuelve respecto a la cuestión de la admisibilidad más que una vez suficientemente instruída por las observaciones de la Parte mencionada y, llegado el caso, por las observaciones escritas o explicaciones orales complementarias que puede solicitar a las dos Partes.³

La Comisión clarificó estos diversos puntos en el curso de su III sesión, introduciendo enmiendas en el textos de los artículos 44, 45 y 46 del reglamento adoptado en su II sesión.

Añadamos que cuando rechaza de plano una demanda individual, la Comisión sólo informa de su decisión al demandante.⁴

² Sea que los tres miembros consideren unánimemente que la demanda parece inadmisibile, sea que sus criterios resulten diferentes, sea también que reserven su opinión.

³ Cf. a este respecto las disposiciones del artículo 46, § 1 del reglamento interior. Interesa observar que los artículos 45 y 46 de dicho reglamento confieren al procedimiento aplicable en materia de examen de la admisibilidad un carácter esencialmente escrito. Las explicaciones orales sólo desempeñan un papel completamente subsidiario (artículo 46, § 1).

⁴ De acuerdo con los términos del artículo 46 § 2 de su reglamento interior, "la Comisión informa a las partes interesadas de su decisión sobre la admisibilidad." De hecho, el texto íntegro de estas decisiones es, desde hace unos meses, comunicado a dichas partes. Añadamos que las decisiones en cuestión son siempre motivadas.

En la práctica, la aplicación de las disposiciones de los artículos 45 y 46 del reglamento interior dió los resultados que figuran en el cuadro reproducido en el Anexo I del presente documento.

De las 302 demandas individuales examinadas hasta el presente por la Comisión, solamente 10 fueron transmitidas, por mediación del secretario general del Consejo de Europa, a la Parte Contratante acusada.⁵ Aún interesa añadir que la Comisión rechazó ulteriormente tres de ellas, la primera por no haberse agotado las vías de recurso interno, la segunda por incompatible con las disposiciones del Convenio, y la tercera por toda una serie de motivos. En cuanto a las otras siete, la Comisión no se ha pronunciado definitivamente hasta el día de hoy sobre su admisibilidad, por no haber finalizado el cambio de observaciones escritas u orales entre las partes.

De las 292 demandas restantes, 274 fueron rechazadas de plano, 15 rayadas de la relación y 3 son en la actualidad objeto de un complemento de instrucción.

JURISPRUDENCIA DE LA COMISION EN MATERIA DE ADMISIBILIDAD DE DEMANDAS INDIVIDUALES

Tanto por su número como por su importancia, las decisiones que la Comisión ha dictado sobre la admisibilidad de las demandas individuales forman desde este momento una jurisprudencia considerable.

Las grandes líneas de esta jurisprudencia, que no cesa de desarrollarse, parecen dibujarse actualmente de la manera siguiente:

- 1) antes de recurrir a la Comisión, los demandantes deben agotar las vías de recurso interior;
- 2) las demandas deben referirse a un período posterior a la entrada en vigor del Convenio;
- 3) las demandas deben ser dirigidas contra una Alta Parte Contratante que haya reconocido el derecho de recurso individual ante la Comisión;
- 4) en principio, las demandas deben emanar de personas que se pretendan personalmente víctimas de las infracciones alegadas;
- 5) los demandantes no deben mostrar, en la presentación de su demanda, de una falta persistente de diligencia que se concrete en un abuso del derecho de recurso;
- 6) una demanda no debe ser esencialmente la misma que otra examinada precedentemente por la Comisión;

⁵ En dos casos, en virtud del artículo 45, § 2 del reglamento interior; en los otros ocho, en virtud del artículo 45 § 3 de dicho reglamento.

- 7) las demandas deben tener relación con la infracción alegada de uno de los derechos y libertades enumerados en el Convenio y el Protocolo adicional;
- 8) el Convenio no reconoce a nadie el derecho de entregarse a una actividad o ejecutar un acto tendente a la destrucción de los derechos y libertades garantizados;
- 9) el examen del expediente debe permitir desprender la apariencia de una infracción de uno de los derechos y libertades garantizados, tal como han sido definidos por el Convenio y el Protocolo adicional;
- 10) la Comisión europea de Derechos del Hombre no es una jurisdicción superior llamada a reparar los errores de derecho o de hecho imputados a los tribunales internos.⁶

I. Antes de recurrir a la Comisión, los demandantes deben agotar las vías de recurso interno

La Comisión se ha atenido escrupulosamente al principio expuesto por el artículo 26, sancionado por el artículo 27, § 3, del Convenio, según el cual:

“no puede hacerse cargo antes del agotamiento de las vías de recurso interno, tal como se deduce de los principios de derecho internacional generalmente reconocidos . . .”

Hasta ahora, setenta y cinco demandas individuales han sido declaradas inadmisibles, en su totalidad o en parte, por no haberse agotado las vías de recurso interno. Resulta siempre así cuando se deduce del examen del expediente.

- a) que el demandante no ha ejercido una vía de recurso, respecto al cual el artículo 26 exige en principio el agotamiento;
- b) que no existía en la especie “circunstancias particulares de naturaleza a dispensar al demandante, según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos, de la obligación de utilizar esta vía de recurso”.

A. No agotamiento de una vía de recurso, exigido en principio por el artículo 26

Muy frecuentemente los demandantes omiten, antes de dirigirse a la Comisión, interponer recurso o recurrir en casación contra la decisión de la jurisdicción inferior, siendo así que gozan de esta facultad. Incluso a veces no intentan ninguno de los recursos judiciales de que disponen. De manera total o parcial, este defecto de agota-

⁶ Sobre el reparto numérico de las demandas según los diversos motivos de inadmisibilidad, véase el cuadro que figura en el Anexo II del presente documento.

miento de recursos internos es a veces definitivo e irremediable por haber expirado los plazos de acción previstos, a veces reparable por estar esos plazos aún en vigor.

Igualmente sucede que un demandante recurre a una jurisdicción nacional determinada, incluso la jurisdicción suprema, pero sin aguardar a que esta jurisdicción haya estatuido para someter sus quejas a la Comisión.

En estos diversos casos, la Comisión declara la demanda inadmisibile por no agotamiento de las vías de recurso interno.⁷

Al examinar la admisibilidad de una demanda, la Comisión tuvo que pronunciarse sobre el extremo de saber si el recurso de derecho constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) ante la Corte Federal de Justicia Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) de la República Federal de Alemania figura entre aquellos sobre los cuales el artículo 26 del Convenio exige en principio el agotamiento. Después de un cambio de observaciones por escrito, el 31 de mayo de 1956, decidió que

“el recurso de derecho constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) a la Corte Federal de Justicia Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), en las materias que dependen de la competencia de esta Corte, es un recurso interno que en principio cae dentro del campo de aplicación de las disposiciones del artículo 26 del Convenio”.

En otro asunto, el demandante, sujeto a interdicción judicial, había pedido a los tribunales alemanes, y en última instancia a la Corte Federal de Justicia Constitucional, la supresión del régimen de tutela. La mencionada Corte había rechazado provisionalmente la demanda, como no presentada por el tutor. La Comisión estimó que los recursos internos no habían sido agotados, considerando

“que la Corte Federal de Justicia Constitucional no declaró inadmisibile el recurso del demandante más que por el motivo de que éste sólo podía obrar en justicia representado por su tutor; que, de este hecho, dicha Corte no ha juzgado aún el fondo del asunto...”

Más recientemente, la Comisión se ocupó de una demanda en la cual se reprochaba a un tribunal alemán de primera instancia (*Landgericht*) haber causado perjuicio a los derechos de la defensa. El demandante había, recurrido sin éxito, en casación (*Revisión*) ante la Corte federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*), pero no había invocado ante esta Corte más que argumentos de fondo. Por lo tanto, la Corte Federal de Justicia Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), ocupada de los mencionados alegados perjuicios a los derechos de la defensa, rechazó el recurso de derecho constitucional

⁷ Con reserva de la eventual existencia de „circunstancias particulares” (Cf. la sección B que sigue).

(*Verfassungsbeschwerde*) del demandante por no agotamiento de las vías de recurso.⁸

Sin entrar en el examen de la materialidad de los hechos, la Comisión europea de Derechos del Hombre ha tenido en cuenta.

“que, para conformarse a las disposiciones (del artículo 26 del Convenio), no basta que el demandante haya ejercido los recursos internos que se le ofrecían en el sentido del mencionado artículo 26; que a falta de imposibilidad o de impedimento, y en la medida en que esto dependía razonadamente de él, el demandante hubiera debido igualmente hacer valer, ante la autoridad judicial superior, los derechos cuya infracción alega en la actualidad, a causa de la decisión de la jurisdicción inferior; que se deduce del expediente que omitió plantear ante la Corte Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*) los perjuicios de orden procesal que imputa al tribunal (*Landgericht*) de . . . ; que no ha establecido ante la Comisión la existencia de un motivo valedero susceptible de justificar esta omisión . . .”

B. Carencia de circunstancias particulares de naturaleza a relevar al demandante, en la especie, de la obligación de agotar tal o cual vía de recurso

Cuando ella comprueba que un demandante no ha ejercido un recurso, sobre el cual el artículo 26 exige el agotamiento, la Comisión no rechaza la demanda por tal motivo antes de asegurarse de que no existía en la especie ninguna circunstancia particular de naturaleza a relevarlo, “según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos”, de la obligación de utilizar ese recurso. Cada vez más frecuentemente, pone atención en comprobar expresamente en sus decisiones la ausencia de circunstancias parejas.

Así fué como al estatuir sobre la admisibilidad de una de esas demandas, la Comisión comprobó que en la circunstancia no existían circunstancias de ese género, tales como un “retraso indebido de procedimiento”⁹ o una “jurisprudencia bien establecida” contraria a los puntos de vista jurídicos del demandante.

Un segundo demandante se quejaba de que el recurso por él interpuesto ante un tribunal alemán permanecía pendiente sin ser examinado en un plazo razonable. La Comisión estimó que, en realidad no se desprendía del expediente “que, en el orden de la

⁸ Cf. el artículo 90, § 2, de la Ley federal del 12 de marzo de 1951 sobre la Corte Federal de Justicia Constitucional.

⁹ En otro caso, el demandante había recurrido a la Corte Federal de Justicia Constitucional, pero pedía a la Comisión estatuyera sin aguardar la decisión de la Corte, alegando que un asunto semejante al suyo se hallaba en suspenso ante la mencionada Corte desde hacía más de tres años. Habiendo comprobado que el examen del expediente no permitía deducir la apariencia de una infracción de uno de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, la Comisión declaró la demanda inadmisibile como manifiestamente mal fundada, y consideró en consecuencia superfluo examinar en la especie si los recursos internos habían sido agotados.

protección judicial, el demandante haya sufrido un trato en desacuerdo con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos”.

En un tercer caso, el demandante no había introducido un recurso judicial de que disponía. Para justificarse, invocó la insuficiencia de sus medios económicos. Tras haber notado que ni tan siquiera parecía haber solicitado la concesión de la asistencia judicial, la Comisión consideró que la insuficiencia de recursos del demandante no podía “por sí sola, en la especie”, revestir el carácter de una circunstancia particular de naturaleza a dispensar al demandante, según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos, de la obligación de ejercer el recurso en cuestión.

Un cuarto demandante, de nacionalidad polaca, deseaba obtener reparación del perjuicio que le había causado su internación en varios campos de concentración nazis. Sin embargo, no había emprendido, a este efecto, más que gestiones administrativas, pero sin intentar una acción judicial. El interesado se explicó mostrando una carta de los servicios competentes informándole que la legislación alemana no preveía la indemnización de los no alemanes más que en ciertas condiciones, que el demandante no cumplía. La Comisión juzgó que “la mencionada carta del *Öffentlicher Anwalt für die Wiedergutmachung* cerca del Tribunal de . . . no podía ser considerada como ofreciendo el carácter de una (circunstancia particular de naturaleza a dispensar al demandante . . . etc. . .)”.

Por último, muy recientemente, la Comisión tuvo que pronunciarse sobre el caso siguiente: el demandante, desestimado en primera instancia, había descuidado interponer recurso, ya que, según él, su mal estado de salud no le permitía ejercer ese recurso, el cual, además, según parecer suyo, no ofrecía posibilidad alguna de éxito. La Comisión retuvo, entre otros, que “el mal estado de salud del demandante no podía, en principio y por sí mismo, impedir la obligación de agotar las vías de recurso interno de que disponía); que, por otra parte, la opinión personal del demandante referente a las posibilidades de éxito de un eventual recurso al *Oberverswaltungsgericht* de . . . no podía ser tomada en consideración, puesto que tal parecer no se apoya sobre ningún elemento susceptible de probar que ese recurso sería verosímilmente ineficaz o insuficiente”.

II. Las demandas deben referirse a un período posterior a la entrada en vigor del Convenio

En lo concerniente al alcance en el tiempo del Convenio y del Protocolo adicional, la Comisión ha respetado estrictamente el principio de no-retroactividad.

En su III sesión (19-24 de septiembre de 1955), la Comisión estuvo “en principio” de acuerdo en reconocer:

- 1) que tiene competencia para conocer toda demanda presentada por una Parte Contratante contra otra Parte Contratante, en virtud del artículo 24 del Convenio, cuando esta demanda se refiere a hechos acontecidos después de la entrada en vigor del Convenio o del Protocolo adicional, tal como es definido en el artículo 6, § 2 y 3 del Convenio y por el artículo 6 del Protocolo, respecto a la parte demandada. Por lo que se refiere a los hechos anteriores a dicha entrada en vigor y susceptibles de constituir una infracción continua del Convenio o del Protocolo, prolongada después de la mencionada entrada en vigor, la Comisión se pronunciará en función de las circunstancias de la especie;
- 2) que tiene competencia para conocer toda demanda presentada por una persona física, una organización no gubernamental o un grupo de particulares, en virtud del artículo 25 del Convenio, cuando esta demanda.

- i) se refiere a hechos acontecidos durante el período definido en el párrafo precedente,

y

- ii) haya sido introducida después del 5 de julio de 1955 (por lo que se refiere a Suecia, Irlanda, Dinamarca, Islandia, República Federal Alemana y Bélgica)¹⁰ o mantenida por el demandante después de esa fecha.

Respecto a la cuestión de saber si las demandas contra los mencionados países y dirigidas al secretario general antes del 5 de julio de 1955 producirán efectos jurídicos, la Comisión ha aprobado la práctica seguida por el Secretariado, que consiste en preguntar a los demandantes si pretenden mantener su demanda. Teniendo en cuenta que esta cuestión interesa las modalidades de aplicación del plazo de seis meses fijado por el artículo 2 del Convenio, la Comisión decidió pronunciarse a la luz de los casos concretos que se presentarán a ella en el curso de sus funciones.

De una manera general, la Comisión, sin embargo, se reservó el derecho de reconsiderar el conjunto de la materia en función de las circunstancias particulares de cada asunto llevado ante ella.

La aplicación práctica de los principios así definidos ya ha obligado a la Comisión a declarar inadmisibles *ratione temporis*, en su totalidad o en parte, ciento trece demandas individuales que se referían a hechos anteriores a la entrada en vigor del Convenio o

¹⁰ Para los otros países que han reconocido (Noruega) o que reconocerán e derecho de recurso individual, se tratará de la fecha de depósito de su declaración

del Protocolo adicional respecto de la Parte Contratante acusada. La Comisión consideró, en efecto, que

“según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos, el Convenio europeo de Derechos del Hombre no rige, para cada Parte Contratante, más que sobre los hechos posteriores a su entrada en vigor respecto a esta Parte.”¹¹

III. Las demandas deben ser dirigidas contra una alta parte contratante que haya reconocido el derecho de recurso individual ante la Comisión

En varias de sus decisiones, la Comisión consideró

“que del artículo 25, § 1) del Convenio europeo de Derechos del Hombre, se deduce que solamente las Partes Contratantes de dicho Convenio pueden ser objeto de una demanda admisible ante la Comisión; que, por otra parte, según el artículo 66 del Convenio, sólo los países que hayan debidamente firmado y ratificado el Convenio poseen la calidad de Partes Contratantes”.

Resulta, en particular, que:

*A. Las demandas no deben ser dirigidas contra un país que no sea miembro del Consejo de Europa*¹²

En el examen de tres expedientes, habiéndose puesto de manifiesto que el Estado acusado no figuraba entre los miembros del Consejo, la Comisión declaró la demanda inadmisibles por tal motivo, en virtud del artículo 27 § 2 del Convenio.¹³

*B. Las demandas no deben ser dirigidas contra un país miembro del Consejo de Europa que haya firmado, pero aún no ratificado, el Convenio o el Protocolo adicional*¹⁴

La Comisión ha comprobado que algunas de las alegaciones contenidas en tres demandas presentadas contra la República Fede-

¹¹ Es decir:

– para el Convenio: el 3 de septiembre de 1953 (Dinamarca, República Federal Alemana, Islandia, Irlanda, Noruega y Suecia) o el 14 de junio de 1955 (Bélgica);
– para el Protocolo adicional: el 18 de mayo de 1954 (Dinamarca, Islandia, Irlanda, Noruega y Suecia), el 14 de junio de 1955 (Bélgica) o el 13 de febrero de 1957 (República Federal de Alemania).

¹² En efecto, del artículo 66 del Convenio se deduce que sólo los miembros del Consejo de Europa pueden firmar y ratificar dicho Convenio. Cuando este recibe una petición referente a un Estado no miembro, o a una Parte que no haya reconocido el derecho de recurso individual, el Secretariado habitualmente no la transmite a la Comisión. Únicamente sucede lo contrario si una parte de la demanda está en efecto dirigida contra uno de los siete países miembros que han reconocido el derecho en cuestión. Tal era en los tres casos mencionados aquí.

¹³ Sin más precisiones respecto a un asunto; como incompatible con las disposiciones del Convenio respecto de dos asuntos.

¹⁴ Las indicaciones contenidas en la nota 12 valen igualmente, *mutatis mutandis*, para las demandas a las que se refiere el presente apartado.

ral de Alemania, aludían de hecho a Francia o a Austria, países que, "si bien son miembros del Consejo y firmantes del Convenio . . . aún no lo han ratificado". En consecuencia, ha estimado dichas demandas incompatibles con las disposiciones del Convenio.

Con anterioridad al 13 de febrero de 1957, la República Federal de Alemania se hallaba en una situación análoga por lo que se refiere al Protocolo adicional, que había firmado pero no ratificado. En el curso de las diversas sesiones que celebró hasta esa fecha, la Comisión declaró inadmisibles¹⁵ catorce demandas que establecían una infracción, por parte de aquel Estado, del derecho de propiedad, garantizado por el artículo 1º del Protocolo adicional. Estimó, en efecto, que

"dicho Protocolo, según los términos de su artículo 6, compromete sólo a los firmantes que lo hayan ratificado".

La República Federal de Alemania depositó el 13 de febrero de 1957 el instrumento de ratificación del Protocolo adicional, por lo que este problema particular ha dejado de plantearse en lo sucesivo.

C. *Las demandas no deben ser dirigidas contra simples particulares*

Hasta el presente, la Comisión ha rechazado, como incompatibles con las disposiciones del Convenio, seis demandas dirigidas en realidad contra simples particulares, considerando

"que según los términos del artículo 19 del Convenio, la Comisión tiene por única tarea asegurar el respeto de los compromisos contraídos por las Altas Partes Contratantes mediante el Convenio; que, además, se deduce del artículo 25, § 1, del Convenio que la Comisión no puede ser legalmente requerida por una demanda procedente de una persona física, de una organización no gubernamental o de un grupo de particulares más que en el caso en que esa persona, esa organización o ese grupo se pretenda víctima de una infracción, por una de las Altas Partes Contratantes y no por un simple particular, de los derechos reconocidos en el Convenio".

IV. En principio, las demandas deben emanar de personas que se pretendan ellas mismas víctimas de las infracciones alegadas

Varias decisiones de la Comisión contienen a este respecto un considerando concebido así:

"Considerando que según los términos del artículo 25, § 1, del Convenio europeo de Derechos del Hombre, la Comisión no puede juzgar una demanda individual más que si el demandante se pretende él mismo víctima de una

¹⁵ "Como incompatibles con las disposiciones del Convenio, tal como está ratificado por la República Federal de Alemania", o "como formuladas contra un país no ligado por el Protocolo adicional", o "por falta de medio legal de acción", etc.

infracción, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio; que si bien el demandante no demuestre que (la víctima principal de la infracción alegada) lo haya debidamente habilitado para obrar en nombre suyo,¹⁶ se puede empero admitir que en caso de infracción alegada del Convenio, un pariente próximo de la víctima o incluso una tercera persona cualquiera pueda, por iniciativa propia, recurrir a la Comisión en la medida en que dicha infracción le causase un perjuicio, o en la medida en que tenga un interés personal valedero en lograr que se ponga término a esa infracción, o asimismo cuando la propia víctima se halle en la imposibilidad de actuar para hacer valer sus derechos”.¹⁷

Hasta el presente, la Comisión ha declarado inadmisibles, como incompatibles con las disposiciones del artículo 25, § 1, del Convenio, tres demandas cuyos respectivos autores no cumplían ninguna de esas condiciones.

V. Los demandantes no deben mostrar, en la presentación de sus casos, una persistente falta de diligencia que se traduzca en un abuso del derecho de recurso

En tres casos recientes, la demanda se reducía a una única y breve carta del demandante, redactada en términos extremadamente vagos. En dos ocasiones, el Secretariado de la Comisión escribió al demandante rogándole completara su expediente. El demandante devolvió al Secretariado, firmado de propio puño, el acuse de recibo de las dos cartas en cuestión, pero no contestó. Habiendo transcurrido varios meses después de la presentación de la demanda, la Comisión la rechazó por los motivos siguientes:

“... Considerando que, según el artículo 25 del Convenio de salvaguardía de Derechos del Hombre y de Libertades fundamentales, la Comisión puede, con ciertas condiciones, admitir toda demanda presentada por una persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares; que ni este artículo ni los otros del Convenio no señalan prescripciones particulares en cuanto a la forma y modo de presentación de demandas individuales, salvo el que sean dirigidas al secretario general del Consejo de Europa (artículo 25) y que no sean anónimas (artículo 27, § 1 a); que los artículos 40, 41 y 42 del reglamento interior de la Comisión¹⁸ contienen no obstante, a este respecto, diversas disposiciones complementarias; que, para permitir a los demandantes ajustarse más fácilmente a estas disposiciones, la Comisión aprobó además, en el curso de su III sesión, el envío a los demandantes de un formulario de demanda; que ella estimó aún necesario, para la buena marcha de sus trabajos, otorgar a los demandantes un plazo de dos meses, a partir de la recepción de este envío, para devolver debidamente cumplimentado dicho formulario o, a falta del mismo, para transmitir al Secretariado otro escrito que reúna las mismas condiciones; que la inobservancia de este conjunto de prescripciones, por lo demás liberales y aplicadas con flexibilidad, puede

¹⁶ Cf. los artículos 37, § 1, y 40 del reglamento interior. El artículo 28 del Convenio prevé la presentación de las dos partes.

¹⁷ Este considerando, o un considerando similar, figura en las decisiones relativas a la admisibilidad de tres demandas.

¹⁸ Cf. el Anexo III del presente documento.

manifestar a veces el desconocimiento de una de las reglas de admisibilidad previstas por el Convenio, particularmente cuando evidencia en el demandante una falta persistente de diligencia traducida en un abuso del derecho de recurso, en el sentido del artículo 27, § 2, del Convenio; que se deduce claramente de los hechos de la causa que el demandante, después de haber puesto en marcha el mecanismo de salvaguardia que instaura el Convenio, ha descuidado proporcionar a la Comisión las precisiones elementales estrictamente indispensables para el examen de su caso, no obstante haberlo invitado a ello el Secretariado en dos ocasiones; que, por otra parte, no ha invocado ninguna circunstancia de naturaleza a justificar o excusar su silencio y que la Comisión no tiene en la ocurrencia ninguna razón de presumir la existencia de semejantes circunstancias; que él ha cometido, pues, un abuso manifiesto y caracterizado de su derecho de recurso; que hay lugar, en consecuencia, a rechazar la demanda en aplicación del artículo 27, § 2, del Convenio . . . ”

VI. Una demanda no debe ser esencialmente la misma que otra examinada precedentemente por la comisión

Según los términos del artículo 27, § I, del Convenio,

“la Comisión no retiene ninguna demanda presentada en aplicación del artículo 25, cuando:

(a) . . . ;

(b) es esencialmente la misma que otra precedentemente examinada por la Comisión . . . y no contiene hechos nuevos”.¹⁹

Ahora bien, sucede más de una vez que simples particulares, cuya demanda fué declarada inadmisibile, recurren nuevamente a la Comisión denunciando los mismos hechos. La Comisión rechaza la segunda demanda si la juzga “esencialmente la misma” que la primera. Sin embargo, hace prueba a este respecto de un cierto liberalismo:

“considerando el dominio en el que ella ejerce su tarea y sus atribuciones, la Comisión estima que en materia de salvaguardia de los Derechos del Hombre no debe aplicar reglas estrictas que conducirían a dar a sus decisiones la autoridad de cosa juzgada, tal como sucede ante los tribunales de derecho común cuando existe identidad de objeto, de partes y de causa”.

La Comisión deduce:

“que la existencia de la causa de inadmisibilidad prevista en el mencionado § 1b) del artículo 27 no puede resultar sino del examen mismo de la demanda, el cual permitirá, en cada caso, apreciar si ese párrafo se aplica o no en la especie”.²⁰

En dos asuntos, recientemente tratados por la Comisión, los demandantes reiteraban sus denuncias anteriores, mas adelantando argumentos jurídicos nuevos o presentando un nuevo elemento de información. La Comisión decidió en la especie que los argumentos

¹⁹ En el texto inglés, las palabras “hechos nuevos” se leen „new information”.

²⁰ Estos dos considerandos figuran en las decisiones de la Comisión respecto a la admisibilidad de estas demandas.

jurídicos y el elemento de información en cuestión “no (podían) modificar el hecho jurídico que (constituía) el fundamento del derecho” precedentemente invocado por el demandante. Por lo que respecta a una de las demandas, se puso además de manifiesto que la Comisión ya había examinado *de oficio*²¹ los argumentos jurídicos y dado de lado, los unos expresamente y los otros implícitamente, en su primera decisión. En consecuencia, comprobó en estos dos casos que las demandas resultaban “esencialmente las mismas” que las dos anteriores, rechazándolas por este motivo.

En total, hasta el día de hoy, la Comisión declaró seis demandas individuales inadmisibles en aplicación del artículo 27, § 1 b), del Convenio.

VII. Las demandas deben referirse a la infracción alegada de uno de los Derechos y libertades enumerados en el Convenio y el protocolo adicional

Esto no significa que el demandante deba necesariamente invocar tal o cual artículo,²² ni siquiera tal o cual derecho²³ del Convenio. Basta que el objeto de la denuncia entre, por su misma naturaleza y a juicio de la Comisión, en el campo de aplicación del Convenio. Si es necesario, la Comisión examina *de oficio*²⁴ si es ese el caso, considerando:

²¹ Cf. a continuación notas 22 y 23.

²² Si bien el Secretariado les comunica el texto íntegro del Convenio, los demandantes se refieren a menudo, no al Convenio, sino a una constitución o ley interna, a un tratado internacional distinto al Convenio, o también a la Declaración Universal de Derechos del Hombre, . . . la Comisión no rechaza la demanda por este solo motivo. Por otra parte, el artículo 41, § 1 d) del reglamento interior no exige que „en la medida de lo posible”, que la indicación de la disposición del Convenio cuya infracción se alega.

²³ Incluso cuando el demandante se basa únicamente en un derecho no amparado por el Convenio (por ejemplo, el derecho al ejercicio de una profesión), la Comisión, antes de rechazar la demanda, busca de oficio si ésta no es admisible bajo tal o cual aspecto (por ejemplo, en lo que concierne el derecho a una buena administración de la justicia, definido en el artículo 6 del Convenio).

²⁴ Este examen abarca el conjunto del expediente. En las decisiones más recientes de la Comisión, la expresión “el examen del expediente” figura constantemente. En las decisiones anteriores figuraban, en general, las de “examen de la demanda”, “examen de los hechos alegados” o “examen de las alegaciones del demandante”. Si bien se refleja con particular claridad en la materia tratada en el presente apartado VII, la noción de examen de oficio domina *el conjunto* de la jurisprudencia y de la práctica de la Comisión. La consecuencia particular es que la Comisión no se atiene, para apreciar la admisibilidad de una demanda, a las alegaciones, argumentos y ofrecimientos de prueba de la o de las partes. Llegado el caso, ella encarga a su Secretariado invite a la o las partes para que ofrezcan informes, precisiones o elementos de prueba complementarios, sin los cuales no podría pronunciarse con pleno conocimiento de causa sobre la admisibilidad. Incluso ha admitido que su Secretariado tenga calidad para que por iniciativa propia se ocupe, en cada asunto, de la producción de justificantes y documentos que puedan parecer útiles a la buena marcha del procedimiento.

“que según los términos del artículo 19 del Convenio, la Comisión fué establecida al objeto de asegurar el respeto de los compromisos contraídos por las Partes Contratantes; que incumbe pues a la Comisión, desde el momento que un particular se dirige a ella, buscar si en el caso que se le somete existe o no una apariencia de infracción del Convenio; que la Comisión procede de oficio a este examen al fin de determinar si el objeto de la demanda cae, por su propia naturaleza, dentro del campo de aplicación del Convenio, sin que el demandante deba necesariamente prevalecerse de un artículo del Convenio especialmente designado”.²⁵

Mas no deja de ser cierto

“que según los términos de su artículo 1²⁶ el Convenio garantiza los solos derechos y libertades reconocidos en su primer capítulo; que sólo la infracción alegada de uno de esos derechos y libertades puede, según el artículo 25, § 1,²⁷ ser objeto de una demanda admisible ante la Comisión”.²⁸

Mediante la aplicación de esta regla, la Comisión rechazó, como incompatibles con las disposiciones del Convenio, veintiuna demandas que invocaban un derecho no comprendido entre los que enumera el Capítulo 1 del Convenio y los tres primeros artículos del Protocolo adicional.²⁹

La Comisión decidió especialmente que:

“el *derecho a una nacionalidad* no figura entre (los derechos y libertades reconocidos en el Convenio)”; “el *derecho al ejercicio de una profesión* no figura, en cuanto a su principio, entre dichos derechos y libertades”; “el *derecho a un nivel de vida suficiente* y el *derecho a un alojamiento apropiado* no figuran, en cuanto a su principio, entre dichos derechos y libertades”; “el *derecho a fijar su residencia en el territorio de un Estado distinto a su Estado nacional* . . . no figura, en cuanto a su principio, entre dichos derechos y libertades”; “el *derecho a una pensión*, en cuanto a su principio, no figura entre los garantizados por el Convenio”; “la cuestión de *función pública* (en particular el derecho al acceso a las funciones públicas) . . . permanece, en cuanto a su principio, fuera de las que abarca el Capítulo 1 del Convenio”.³⁰

²⁵ Este considerando, o uno similar, figura en las decisiones relativas a dos demandas. Sin embargo, la Comisión rechazó esas dos demandas, la primera en aplicación del art. 27, § 1 b) del Convenio, y la segunda por aparecer mal fundada, puesto que el examen del expediente no permitió extraer la apariencia de una infracción de uno de los derechos reconocidos en el Convenio.

²⁶ „Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona que dependa de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Capítulo 1 del presente Convenio.

²⁷ “. . . de una infracción por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el presente Convenio . . .”

²⁸ Este considerando, o uno similar, figura en las decisiones relativas a las trece demandas.

²⁹ Otras demandas de la misma naturaleza fueron rechazadas como manifiestamente mal fundadas. Se trata, por lo general, de decisiones bastante antiguas.

³⁰ En varias de las decisiones que nos ocupan, la Comisión notó que el Convenio no contenía disposiciones que correspondieran a las de los artículos 15, 21 § 2, 23 § 1 y 25 § 1, según el caso, de la Declaración Universal de Derechos del Hombre.

VIII. El Convenio no reconoce a nadie el derecho a entregarse a una actividad o ejecutar un acto tendente a la destrucción de los derechos y libertades garantizados

Un reciente e importante caso ofreció a la Comisión la ocasión de recordar que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio no puede implicar el derecho "a entregarse a una actividad o ejecutar un acto tendente a la destrucción (de dichos derechos y libertades) o a limitaciones más simples de esos derechos y libertades que las previstas" por el Convenio (artículo 17).

Se trataba de una demanda, presentada el 11 de febrero de 1957, en nombre del Partido Comunista de Alemania, contra la República Federal de Alemania. Los demandantes invitaban a la Comisión a comprobar que el gobierno de dicho Estado había infringido las obligaciones resultantes del Convenio al llevar a cabo la disolución y prohibición del mencionado partido, disolución y prohibición pronunciadas el 17 de agosto de 1956 a demanda de dicho gobierno y en aplicación del artículo 21, § 2, de la Ley fundamental de la República federal,³¹ por la Corte Federal de Justicia Constitucional. En apoyo de su demanda, los requirentes invocaban los artículos 9, 10 y 11 del Convenio.³²

Después de un cambio de observaciones escritas entre las partes, la Comisión tomó el 20 de julio de 1957 una decisión motivada así:

"Considerando que los derechos y libertades reconocidos por los artículos 9, 10 y 11 del Convenio pueden, según los § 2 de esos mismos artículos, ser objeto de restricciones previstas por la ley y en las condiciones determinadas por el Convenio;

Considerando que el examen de la aplicación de los § 2 de los artículos 9, 10 y 11 no se impone en la especie, a causa de la existencia en el Convenio de la disposición, de naturaleza más general, insertada en el artículo 17, que dice así:

"Ninguna de las disposiciones del presente Convenio puede ser interpretada como implicando para un Estado, un grupo o un individuo, un derecho cualquiera a entregarse a una actividad o ejecutar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de esos derechos y libertades que las previstas en el mencionado Convenio";

Considerando que esta disposición fundamental del Convenio tiene por objeto la salvaguardia de los derechos que este Convenio enumera, mediante la protección del libre funcionamiento de las instituciones democráticas (véase "Trabajos preparatorios; Actas de la Asamblea Consultiva; Año

³¹ "Los partidos que, según su programa o según la actitud de sus miembros, tienden a causar perjuicio al orden constitucional libre y democrático o a eliminarlo o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son anticonstitucionales. Pertenecen a la Corte Federal de Justicia Constitucional pronunciarse sobre la cuestión de su "anticonstitucionalidad".

³² Libertades de pensamiento, de conciencia y de religión; libertad de expresión; libertades de reunión y de asociación.

1949", 1a sesión, páginas 1235, 1237 y 1239: "Se trata de impedir que las corrientes totalitarias puedan explotar en su favor los principios planteados por el Convenio, es decir, invocar los derechos y libertades para suprimir los Derechos del Hombre.");

Considerando que un móvil similar parece haber guiado al legislador alemán al dictar el artículo 21 de la Ley fundamental;

Considerando que cabe buscar si la aplicación de esta última disposición al caso en cuestión se halla de acuerdo con el artículo 17 precitado;

Considerando que importa entonces determinar si, según los términos de esta última disposición, los demandantes se han entregado a una actividad o han ejecutado un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidas en el Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mencionado Convenio;

Considerando que es indudable:

- 1) que el "Partido Comunista tiene por objetivo establecer en la sociedad el orden social comunista por medio de la revolución proletaria y la dictadura del proletariado" [declaraciones del Partido Comunista de Alemania reproducidas en la sentencia de la Corte Federal de Justicia Constitucional y en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Cf. tomo 5, 1956, pág. 163)];
- 2) que el Partido Comunista de Alemania continúa reivindicando esos principios (declaraciones y obra citadas, págs. 191, 193-195);

Considerando que se supone incluso establecido que su actividad actual está dirigida hacia la conquista del poder únicamente por los medios constitucionales que le ofrece la Ley fundamental de la República Federal de Alemania, no por ello resultaría en modo alguno una renuncia a sus fines tradicionales ya que, por el contrario, las mencionadas declaraciones reafirman la fidelidad del Partido Comunista de Alemania a los mismos;

Considerando que la prosecución de estos fines últimos implica, según el decir de los demandantes, el paso por los estadios que preconiza la doctrina fundamental comunista, y, esencialmente, por la dictadura del proletariado;

Considerando que el recurso a la dictadura para la instauración de un régimen es incompatible con el Convenio por lo que supone destrucción de numerosos derechos o libertades consagradas por el Convenio de Derechos del Hombre;

Considerando que la organización y el funcionamiento del Partido Comunista de Alemania constituyen, en las circunstancias de la causa, una actividad en el sentido del artículo 17;

Considerando que de todo lo precedente resulta que la demanda del Partido Comunista de Alemania no puede basarse en ninguna disposición del Convenio, particularmente en los artículos 9, 10 y 11 del mismo."

En consecuencia, la Comisión declaró la demanda n° 250/57 inadmisibles en aplicación del artículo 27, párrafo 2 del Convenio, como incompatible con las disposiciones del Convenio.

IX. El examen del expediente debe permitir deducir la apariencia de infracción de uno de los derechos y libertades garantizados, tales como han sido definidos en el Convenio y el protocolo adicional

Cuando el derecho de que se trata entra por sí mismo en el cuadro del Convenio, mas no sin limitaciones y restricciones, la Comisión se ve obligada a precisar su alcance. Si el examen del expediente no permite deducir la apariencia de infracción de este

derecho,³³ tal como lo define el Convenio, la Comisión rechaza la demanda en virtud del artículo 27, párrafo 2, del mismo.³⁴

Como ejemplos de este trabajo de interpretación, pueden citarse en lo sucesivo las decisiones siguientes:

A. Artículo 5 del Convenio (derecho a la libertad y a la seguridad física de la persona)

Varios demandantes, *encarcelados por un tiempo indeterminado* en aplicación de los artículos 20 a) y 42 e) del Código penal de la República Federal de Alemania como delincuentes habitualmente peligrosos, han impugnado ante la Comisión la compatibilidad de esos artículos con el artículo 5 del Convenio.

La Comisión rechazó su demanda, considerando

“que según los términos del artículo 5 del Convenio, nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos en él enumerados y según las vías legales, particularmente cuando el interesado se halla encarcelado regularmente a consecuencia de una condena pronunciada por un tribunal competente; que consta que las prescripciones de este artículo fueron respetadas en la especie.”³⁵

Artículo 6 del Convenio (derecho a una buena administración de la justicia)

En razón de su evidente importancia práctica, este artículo ha dado lugar a un número particularmente elevado de decisiones, que permiten desde ahora, respecto a más de un punto de vista, precisar su significación.

a) derecho de toda persona a que su causa sea oída en un plazo razonable (artículo 6, § 1).

Una demandante se quejaba de que la acción de divorcio intentada por ella estuviese pendiente desde hacía más de siete años. La Comisión buscó si ese retraso podía ser imputado a las jurisdicciones que se ocupaban del asunto. Habiendo llegado a una conclusión negativa, dictó la decisión siguiente:

³³ En el estadio del examen de la admisibilidad, la Comisión no está evidentemente llamada a pronunciarse más que sobre la existencia de una *apariencia de infracción* de los derechos y libertades garantizados, y no sobre la de una *infracción* propiamente dicha, la cual no puede ser comprobada más que después del fracaso de la tentativa de reconciliación (artículo 31 del Convenio). Se deduce que el desconocimiento por el demandante del alcance de dichos derechos y libertades no acarrea la inadmisibilidad de la demanda, salvo que ésta sea manifiesta.

³⁴ Unas veces como manifiestamente mal fundada, otras (en particular en las decisiones más recientes) como incompatible con las disposiciones del Convenio.

³⁵ Este considerando, o un considerando similar, figura en las decisiones relativas a 7 demandas.

“Considerando que el artículo 6 del Convenio prevé que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente en un plazo razonable; que, sin embargo, el ejercicio de este derecho está subordinado a la diligencia necesaria de la parte interesada; considerando que en la especie que del examen del expediente no se deduce que sean los tribunales, como ejecutantes del poder judicial, quienes se hayan negado a oír la causa de la demandante en un plazo razonable; que, por el contrario, resulta que la demandante reprocha a su abogado dicho retardo, hecho que es simplemente alegado pero que, incluso aunque fuese exacto, no podría en ninguno de los casos ser considerado como una infracción cometida por la Parte Contratante del citado derecho reconocido en el artículo 6 del Convenio; . . . que existe pues motivo para rechazar la demanda en virtud del artículo 27, § 2, del Convenio, como manifiestamente mal fundada.”

b) derecho a la asistencia gratuita de un abogado de oficio [artículo 6, § 3, c)]

Según los términos del artículo 6, 3, c) del Convenio, todo acusado tiene particularmente derecho a “defenderse él mismo o disponer de la asistencia de un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagar un defensor, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”.

De la jurisprudencia de la Comisión, surge primeramente que el derecho a la asistencia gratuita de un abogado de oficio sólo es reconocido a los acusados. En numerosas decisiones, la Comisión ha retenido que este derecho

“no es reconocido más que en favor de todo “acusado”, es decir, de una persona acusada de una infracción penal, a condición que no tenga medios para renumerar un defensor de su elección y en la medida en que los intereses de la justicia exigen la asistencia de un defensor; que aparte del caso previsto en el mencionado artículo 6 del Convenio, el beneficio de la asistencia judicial no se reconoce en el Convenio como un derecho que toda persona pueda invocar y cuya negativa por la autoridad competente constituiría por sí mismo una infracción del Convenio”.

En consecuencia, cuando un demandante se queja de haberse visto oponer una tal negativa, respecto a un recurso de naturaleza civil que deseaba ejercer, la Comisión declara por tanto la demanda inadmisibile.³⁶

En segundo lugar, este derecho “no garantiza el derecho a un procedimiento gratuito, sino sólo derecho a la asistencia gratuita de un abogado de oficio cuando los intereses de la justicia lo exigen”. Finalmente, este derecho no implica la libre elección del abogado de oficio, puesto que

“ . . . se deduce :del artículo 6, § 3,c) del Convenio; que el Convenio consagra el derecho a la libre elección de un defensor en el solo caso en que el acusado

³⁶ Unas veces como manifiestamente mal fundada, otras (las decisiones más recientes) como incompatible con las disposiciones del Convenio.

cuenta con medios para renumerar dicho defensor; que, en la hipótesis contraria, el derecho del acusado se limita a la asistencia gratuita de un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exigen . . .”

C. Artículo 7 del Convenio (*legalidad de los delitos y de las penas*)

En varias decisiones recientes, la Comisión ha comprobado que este artículo consagra el “principio de la legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*) cuyos corolarios son, entre otros, el “principio de la interpretación restrictiva de los textos represivos” y el “principio de la no retroactividad de la ley penal”.³⁷

Sobre el primer punto (interpretación restrictiva), la Comisión tuvo a veces la ocasión de investigar si una decisión judicial parecía no encuadrar con las prescripciones del artículo 7. Habiendo resuelto la cuestión negativamente, ella rechazó por lo tanto la demanda como manifiestamente mal fundada.

Sobre el segundo punto (no retroactividad), la Comisión tuvo que pronunciarse respecto al alcance del § 2 del artículo 7, según cuyos términos este artículo

“no causará perjuicio a la sentencia y al castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento en que fué cometida, resultaba criminal según los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

La Comisión reconoció

“que se deduce de los trabajos preparatorios del Convenio que el § 2 precitado del artículo 7 tiene por objeto precisar que éste artículo no afecta las leyes que, en las circunstancias completamente excepcionales que se produjeron al finalizar la segunda guerra mundial fueron establecidas para reprimir los crímenes de guerra y los actos de traición y colaboración con el enemigo, y no tiende a ninguna condena jurídica o moral de esas leyes”.

En consecuencia, la Comisión declaró inadmisibles, como manifiestamente mal fundadas, dos demandas cuyos autores se quejaban de haber sido, a causa de colaboración y en virtud de textos retroactivos, privados de ciertos derechos.³⁸

D. Artículo 8 del Convenio (*derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia*)

Algunos demandantes han sostenido que los artículos 175 y 175 a) del Código penal de la República Federal de Alemania, que reprimen la homosexualidad, infringen el artículo 8 del Convenio.

La Comisión consideró

³⁷ Se trata de 4 asuntos. En el primero de estos casos, el demandante parecía quejarse además de haber sido condenado por un delito cometido por otro. La Comisión comprobó que en realidad lo había sido por un hecho personal, estimando entonces „superfluo buscar en la especie si el Convenio consagra el principio de la personalidad de las penas, que el demandante parecía invocar”.

³⁸ Se trataba, en el primer caso, del artículo 123, *sexies*, del Código penal belga, y en el segundo, del artículo 9 de la ley belga del 10 de agosto de 1948.

“que el Convenio permite a una Alta Parte Contratante establecer en su legislación la homosexualidad como delito punible; el derecho al respeto de la vida privada y familiar puede ser objeto, en una sociedad democrática, de una ingerencia prevista por la ley de dicha Parte para la protección de la salud o de la moral”.³⁹

Por lo tanto, las demandas en cuestión fueron rechazadas como manifiestamente mal fundadas.

En otro asunto, la demandante, de origen danés pero esposa de un alemán, se quejaba de no haber podido obtener para su marido un permiso de residencia y de trabajo en Dinamarca. A este respecto, ella alegaba, entre otras, la infracción del artículo 8, § 1, del Convenio. La Comisión comprobó “que la demandante y su marido tienen . . . su domicilio conyugal en Alemania, donde pueden libremente continuar residiendo juntos”. Por lo tanto, estima que el examen del expediente no permite “extraer la apariencia de una infracción ni del derecho al respeto de su vida privada y familiar, ni del derecho al respeto de su domicilio, tal como se hallan definidos en el mencionado artículo 8, § 1, del Convenio”. En consecuencia, declaró la demanda inadmisibles como manifiestamente mal fundada, tanto más por cuanto “el derecho a establecer su residencia sobre el territorio de un Estado distinto a su Estado nacional”, que la demandante parecía reivindicar para su marido, “no figura, por lo que a su principio se refiere”, entre los derechos y libertades garantizados por el Convenio.

E. Artículo 10 del Convenio (libertad de expresión)

Un demandante, condenado por ejercicio ilegal de la abogacía, habiendo alegado que esta condena constituía una infracción del artículo 10 del Convenio, la Comisión estimó

“que el artículo 10, invocado por el demandante, garantiza a toda persona el derecho a la libertad de expresión, la cual comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin ingerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras; que no puede deducirse de este artículo – o de cualquier otro del Convenio – que el ejercicio de las funciones de abogado sea libre y no pueda ser sometido a las restricciones impuestas en el interés público”.

F. Artículo 14 del Convenio (no discriminación en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio)

Varios demandantes pretendieron que eran objeto de un trato discriminatorio, pero en el disfrute de un derecho no amparado por el Convenio⁴⁰, la Comisión juzgó:

³⁹ Cf. el § 2 del artículo 8.

⁴⁰ Derecho al ejercicio de una profesión en dos casos, derecho al acceso a las funciones públicas en uno, derecho a un alojamiento conveniente en uno, derecho a fijar su residencia en el territorio de un Estado distinto a su Estado nacional en el otro de los casos.

“que el artículo 14 del Convenio europeo de Derechos del Hombre no consagra el principio de no discriminación más que en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el mencionado Convenio”.

En otros tres casos, la discriminación alegada se refería a un *derecho amparado* por el Convenio, en el caso el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8). Dos de los demandantes afirmaban que al limitar la represión de la homosexualidad a la practicada entre hombres, los artículos 175 y 175 a) del Código penal de la República Federal de Alemania violan no solamente el artículo 8,⁴¹ sino también el principio de no discriminación en cuanto al sexo, proclamado en el artículo 14 del Convenio. El tercer demandante imputaba un motivo de queja del mismo orden al artículo 181, § 1, al. 2, del mencionado Código penal, relativo al proxenetismo grave.

La Comisión respondió que

“el artículo 14 del Convenio, relativo a la *discriminación* respecto al sexo, no excluye la posibilidad, para una Alta Parte Contratante, de establecer una *diferenciación* entre los sexos en las medidas que toma para la protección de la salud o de la moral, conforme al artículo 8, § 2, del Convenio”.

X. La Comisión Europea de Derechos del Hombre no es una jurisdicción superior llamada a reparar los errores de derecho o de hecho imputados a los tribunales internos

A la luz de una jurisdicción absolutamente constante, se comprueba que la Comisión estima que ella no puede representar el papel de jurisdicción de apelación o de casación con respecto a los tribunales internos, y particularmente a apreciar la manera como éstos han interpretado y aplicado el derecho interno. Su tarea se limita a verificar, en cada asunto que conoce, si los tribunales en cuestión han observado las disposiciones del Convenio y del Protocolo adicional, que los compromete al mismo título que a las otras autoridades de las Partes Contratantes.

Las numerosísimas demandas fundadas sobre una infracción pretendida del derecho interno, y más generalmente sobre un alegado “error judicial”, sin que el examen del expediente permita deducir la apariencia de infracción de uno de los derechos reconocidos en el Convenio y el Protocolo adicional, son rechazadas en virtud del artículo 27, § 2, del Convenio.⁴²

La Comisión considera, en efecto,

“que la Comisión europea de Derechos del Hombre no ha sido instituída para conocer, como instancia superior, los pretendidos errores de derecho

⁴¹ Véase nota anterior.

⁴² En general como manifiestamente mal fundadas.

o de hecho cometidos por los tribunales internos de las Partes Contratantes, siendo así que sus decisiones son dictadas en la plenitud de su respectiva jurisdicción, sino para asegurar el respeto, de acuerdo con el artículo 19 del Convenio, de los compromisos contraídos por las Partes en virtud de este Convenio; que los errores de derecho o de hecho cometidos por los tribunales nacionales sólo interesan a la Comisión, en el estadio del examen de la admisibilidad de las demandas, en la medida en que puedan parecer haber acarreado la infracción de uno de los derechos y libertades limitativamente enumerados en el Convenio; que, de manera más general, la Comisión no tiene competencia para pronunciarse sobre las decisiones de dichos tribunales más que en la única hipótesis de que esas decisiones puedan parecer haber sido pronunciadas con menosprecio de los derechos y libertades garantizados por el Convenio . . . ”⁴³

A. B. McNULTY*

MARC-ANDRE EISSEN**

* M.B.E., B.A. (Oxon); Middle Temple, Banister-at-Law; Subdirector de Derechos del Hombre del Consejo de Europa.

** Licenciado de la Facultad de Derecho de Estrasburgo; Secretario de la Dirección de Derechos del Hombre del Consejo de Europa.

⁴³ Este considerando, o un considerando similar, figura en las decisiones relativas a 31 asuntos. Se inspira netamente de una fórmula retenida en el curso de los trabajos preparatorios del Convenio.

Por otra parte, la Comisión no duda en declarar inadmisibles, en virtud del art. 27, § 2 del Convenio, como manifiestamente mal fundadas e incluso abusivas, las numerosísimas demandas (más de ciento setenta hasta el día de hoy) fútiles, caprichosas o procedentes de desequilibrados mentales. En tales casos, ella comprueba generalmente “que el examen del expediente no permite deducir la apariencia de infracción de uno de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio”. Por último, interesa señalar que, contrariamente a lo temido, no puede decirse que la Comisión haya servido hasta el presente de trampolín a una propaganda subversiva.

Anexo I

Total	353 ^a 274 15	48 ^b	2	8	3	2	1
11a sesión ¹ (16 al 20.12. 1957)	39 29	—	4 ^b	—	—	—	1 ¹³
9a sesión (28.8 al 5.9. 1957)	9 8	—	1	—	—	—	—
8a sesión (15 al 20.7. 1957)	49 35 6 ^c	4	—	2	1 ⁸	1 ¹¹	—
7a sesión (4 al 8.3. 1957)	31 24	—	5	2	—	—	—
6a sesión (27.9 al 1.10. 1956)	50 43	—	6	—	—	1 ¹⁰	—
5a sesión (28.5 al 2.6. 1956)	61 51 4 ^d	4	—	—	1 ⁷	—	—
4a sesión (15 al 17.12. 1955)	51 41 5 ^e	5	—	—	—	—	—
3a sesión (19 al 24.9. 1955)	63 43	—	19	—	—	—	—
I Demandas examinadas en el curso de la sesión							
II Demandas rechazadas de plano (art. 45, § 3 a)							
III Demandas rayadas de la lista							
IV Demandas cuyo examen fué aplazado para cumplimiento de instrucción (con exclusión de los No. V y VII)							
V Demandas cuyo examen fué aplazado para comunicación a la Parte acusada, invitada a presentar por escrito sus observaciones sobre la admisibilidad							
VI Demandas en el V rechazadas después cambio de observaciones escritas entre las Partes							
VII Demandas en el V cuyo examen fué aplazado y respecto a las cuales las Partes han sido invitadas a presentar (art. 46, § 1)							
TOTAL							
	63	51	61	50	31	49	9
	39	29	—	—	—	—	—
	353						

- 1 La Comisión no examinó ninguna demanda individual en su 10 sesión (9 al 12. 10.1957).
- 2 La Comisión no examinó hasta ahora, en realidad, más que 302 demandas individuales, pero algunas fueron objeto de varios exámenes.
- 3 Los demandantes las retiraron.
- 4 Los demandantes las retiraron (3 casos) o fallecieron (1 caso).
- 5 Cuya demanda comunicada a la Parte acusada durante la 5a sesión y una de las demandas comunicadas a la Parte acusada durante 8a sesión.
- 6 Cinco de estas demandas se hallan aún en suspenso (incluidas dos demandas comunicadas a la Parte acusada). Las otras 43 fueron rechazadas o rayadas de la lista.
- 7 Se trata de la demanda comunicada a la Parte acusada durante la 3a sesión.
- 8 Se trata de una de las demandas comunicadas a la Parte acusada durante la 7a sesión.
- 9 Se trata de una de las comunicadas a la Parte acusada durante la 8a sesión.
- 10 Se trata de la demanda comunicada a la Parte acusada durante la 9a sesión. Esta demanda se halla aún en suspenso.
- 11 Se trata de una de las comunicadas a la Parte acusada durante la 7a sesión. Esta demanda se halla aún suspenso.
- 12 Se trata de la demanda a la que se refiere la nota 11.

Anexo II

CUADRO

indicando los motivos de haber desechado las 277 demandas individuales, sobre cuya admisibilidad la Comisión se pronunció en el curso de las 3a, 4a, 5a, 6a, 7a, 8a, 9a y 11a sesiones.¹

	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII	Total
I	25	40	15	—	2	1	1	—	—	—	1	28	113
II	40	85	18	—	5	1	1	1	—	—	—	33	184
III	15	18	17	—	—	—	2	—	—	—	—	23	75
IV	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2
V	2	5	—	—	6	1	—	—	—	—	—	6	20
VI	1	1	—	—	1	—	—	—	—	—	—	3	6
VII	1	1	2	—	—	—	3	—	—	—	—	13	20
VIII	—	1	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—	3
IX	—	—	—	—	—	—	—	—	6	—	—	—	6
X	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2	—	—	6
XI	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	6	2	9
XII	28	33	23	2	6	3	13	—	—	4	2	—	114
Total	113	184	75	2	20	6	20	3	6	6	9	114	

- Leyenda:**
- I "ratione temporis"
 - II manifiestamente mal fundadas
 - III no agotamiento de los recursos internos
 - IV inobservancia del plazo de 6 meses (art. 26)
 - V demandas formuladas contra un país no comprometido por el Convenio (o el Protocolo)
 - VI demandas formuladas contra simples particulares
 - VII demandas basadas en un derecho no amparado por el Convenio
 - VIII demandas presentadas por una persona otra que la víctima o su representante
 - IX demandas abusivas
 - X demandas ya examinadas por la Comisión (art. 27 § 1 b del Convenio)
 - XI Diversos
 - XII demandas en las cuales la Comisión ha retenido más de dos motivos de inadmisibilidad

¹ De estas 277 demandas

- 142 fueron rechazadas por un sólo motivo de inadmisibilidad
- 80 fueron rechazadas por dos motivos de inadmisibilidad
- 23 fueron rechazadas por tres motivos de inadmisibilidad
- 2 fueron rechazadas por cuatro motivos de inadmisibilidad
- 1 fué rechazada por cinco motivos de inadmisibilidad

Anexo III

**Extractos del reglamento interior de la Comisión europea
de Derechos del Hombre***Artículo 34*

1. La Comisión designa, según las necesidades, uno o varios grupos, compuesto cada uno de ellos de tres de sus miembros, llamados a ejercer las funciones previstas en el artículo 45 del presente reglamento. Cada grupo designará, además, dos miembros suplentes.
2. Estos miembros, así como los suplentes, son designados por la Comisión reunida en sesión plenaria.
3. En cada grupo el miembro más antiguo, según el rango establecido en el artículo 3 del presente reglamento, preside los trabajos de dicho grupo.

Artículo 37

1. Las personas físicas, las organizaciones no gubernamentales o los grupos de particulares, apuntados en el artículo 25 del Convenio, pueden defender ellos mismos su causa ante la Comisión; pueden ser asistidos o representados por un abogado inscrito en el Colegio de Abogados de una de las Altas Partes Contratantes, por un procurador cerca de las jurisdicciones de dichas Partes o por un profesor de Derecho de uno de los establecimientos de enseñanza superior de esas Partes.
2. La Comisión o una Subcomisión, a la demanda de una de las partes o de su representante, puede autorizar el empleo por ésta parte o su representante de una lengua distinta al francés o al inglés.

Artículo 40

1. Toda petición presentada en virtud del artículo 24 o del artículo 25 del Convenio deberá serlo en forma de demanda escrita y estar firmada por el demandante o la persona que le representa.
2. Cuando la demanda es presentada por una organización no gubernamental o por un grupo de particulares, tiene que estar firmada por las personas habilitadas para representar a la organización o el grupo, si éstos se hallan regularmente constituidos de acuerdo con la ley del Estado de que dependen. En caso contrario, la demanda debe de estar firmada por las personas físicas que forman el grupo demandante.

Artículo 41

1. La demanda debe indicar:
 - a) la parte demandante;
 - b) la Alta Parte Contratante contra la cual está formulada la demanda;
 - c) el objeto de la demanda;
 - d) en la medida de lo posible, la disposición del Convenio cuya infracción se alega;
 - e) la exposición de los hechos y de los medios;
 - f) los documentos en anexo.
2. Al objeto de aplicación del artículo 26 del Convenio, la Parte interesada debe probar que los recursos internos fueron agotados.

Artículo 42

Si la Parte pretende además conseguir la reparación de un perjuicio pretendidamente sufrido, puede señalar en la demanda la suma de indemnización reclamada.

Artículo 43

El secretario general del Consejo de Europa transmite la demanda y los documentos complementarios al presidente de la Comisión.

Artículo 44¹

Si una Alta Parte Contratante recurre a la Comisión, el presidente de ésta pone por mediación del secretario general del Consejo de Europa la demanda en conocimiento de la otra Alta Parte Contratante acusada e invita a ésta última a presentar a la Comisión sus observaciones escritas sobre la admisibilidad de la demanda en cuestión.

Artículo 45¹

1. Toda demanda presentada de acuerdo con el artículo 25 del Convenio es sometida por el presidente de la Comisión a los tres miembros aludidos en el artículo 34 del presente reglamento, al objeto de previo examen de su admisibilidad. El resultado del mismo es motivo de un informe a la Comisión.
2. Si los tres miembros son unánimes en su informe en estimar que la demanda parece admisible, el presidente de la Comisión pone por mediación del secretario general del Consejo de Europa la demanda en conocimiento de la otra Alta Parte Contratante acusada e invita a ésta última a presentar a la Comisión sus observaciones escritas sobre la admisibilidad de la demanda en cuestión.
3. Si los tres miembros no son unánimes en su informe en estimar que la demanda parece admisible, la Comisión examina esa demanda y puede
 - a) sea declararla de plano inadmisibile,
 - b) sea poner por mediación del secretario general del Consejo de Europa la demanda en conocimiento de la Alta Parte Contratante acusada e invitar a ésta última a presentar a la Comisión sus observaciones escritas sobre la admisibilidad de la demanda en cuestión.

Artículo 46¹

1. Salvo en el caso al que se refiere el párrafo 3, alínea a), del artículo 45 del presente reglamento, la Comisión, antes de tomar una decisión sobre la admisibilidad, puede invitar a las Partes, si lo estima útil, a presentarle observaciones escritas complementarias. Puede igualmente invitar a las Partes a darle explicaciones orales.
2. La Comisión informa a las Partes interesadas de su decisión sobre la admisibilidad.

¹ Enmendado el 20 de septiembre de 1955.

EL CONTROL DE LA ADMINISTRACION EN DINAMARCA

EL COMISARIO-PARLAMENTARIO ENCARGADO DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACION CIVIL Y MILITAR

I. Introducción

Después de la primera guerra mundial, y sobre todo durante y después de la segunda, las actividades del gobierno han aumentado considerablemente en Dinamarca. El Cuerpo legislativo se ha ocupado de un gran número de cuestiones muy variadas y la Administración ha tenido que tomar, en ejecución de las leyes generales que le habilitaban para ello, una serie de resoluciones y de minuciosos reglamentos que a menudo ofrecen una vital importancia para los ciudadanos.

Esta evolución ha puesto en evidencia la cuestión de la protección de los ciudadanos contra los errores o abusos de poder de las autoridades. La opinión pública no considera como suficientes las garantías que constituyen, de una parte, la responsabilidad penal y disciplinaria de los funcionarios, y de otra, el acceso de los ciudadanos a los tribunales así como el derecho de recurso administrativo.

Esta opinión fué expresada por el Comité que fué creado en 1946 para estudiar los proyectos de reforma de la Constitución. Este Comité propuso el nombramiento de un "Folketingets OMBUDSMAND" (Comisario-parlamentario), encargado de controlar la Administración civil y militar del Estado. Esta propuesta fué votada e incorporada a la nueva Constitución del 5 de junio de 1953, Artículo 55, que dispone:

"El *Folketing* (es decir, el Parlamento) designará por una ley una o dos personas que no pertenezcan al mismo y que estarán encargadas de controlar la Administración civil y militar del Estado."

Existía un precedente en Suecia, donde fueron creadas las funciones de *Justitieombudsman* y de *Militieombudsman* (nombrados por el Parlamento) en 1809 y 1815, respectivamente.¹

El proyecto constitucional danés fué presentado al Parlamento en febrero de 1953, al mismo tiempo que la Ley relativa al Comisa-

¹ En Finlandia, la función de *Justitieombudsman* fué creada en 1918, probablemente para seguir el ejemplo sueco. Sin embargo, el Comité danés no citó esta institución finlandesa.

rio. Si bien el Artículo 55 de la Constitución prevé la posibilidad de designar dos Comisarios, la Ley sólo preveía uno. Por diversas razones, esa Ley no fué votada al mismo tiempo que la Constitución, sino un año más tarde como Ley n° 203 del 11 de junio de 1954.² El 29 de marzo de 1955, el autor de este artículo fué elegido primer Comisario y comenzó sus funciones el 1 de abril del mismo año.

De acuerdo con el Artículo 3 de la Ley, el Parlamento adoptó el 22 de marzo de 1956 el texto de las Instrucciones detalladas referentes a las actividades del Comisario.³

II. Competencia y poderes del Comisario

El deber del Comisario es, ante todo, controlar el conjunto de la Administración del Estado. La competencia del Comisario se extiende a los ministros, a los funcionarios y a todas las demás personas empleadas en los servicios del Estado. Al objeto de salvaguardar la independencia de los tribunales, los jueces escapan empero a la competencia del Comisario, e igual acontece con los jueces asesores en la medida en que las quejas formuladas contra sus actividades profesionales pueden ser llevadas a un tribunal especial de demandas.

Tampoco la Administración municipal depende de la competencia del Comisario, pero actualmente se halla en estudio un proyecto que tiende a extender la competencia del mismo a las cuestiones municipales.

En virtud del Artículo 3 de las Instrucciones, el Comisario "debe informarse para saber si tal o cual persona, que depende de su competencia, persigue objetivos ilícitos, toma decisiones arbitrarias o inoportunas, o bien comete, de otra forma, errores o actos de negligencia en el cumplimiento de sus funciones.

El Comisario goza de amplios poderes para desempeñar sus funciones. Está habilitado para recibir una queja o, por iniciativa propia, para controlar toda actividad civil o militar ejercida en los servicios del Estado que entre en el campo de su competencia. Además, puede inspeccionar todos los servicios del Estado y todas las personas empleadas en los servicios gubernamentales están obligadas a proporcionarle los informes, documentos o expedientes que pueda necesitar en el cumplimiento de sus funciones.

Si, después de previa encuesta, el Comisario estima que un ministro o ex-ministro debe ser llamado a rendir cuentas de sus actividades en el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con el Derecho civil o el Derecho penal, debe dirigir entonces una recomendación en ese sentido al Parlamento.

² El texto de la Ley es reproducido al final, como Anexo I.

³ Reproducido al final, como Anexo II.

Si considera que otras personas que dependen de su competencia han cometido delitos en un servicio público u oficinas públicas, puede dar instrucciones a las autoridades encargadas de las diligencias para que inicien la instrucción preliminar y lleven el asunto ante los tribunales de Derecho común.

Por otra parte, si estima que la mala conducta de un funcionario exige la iniciación de un expediente disciplinario, debe dar las instrucciones necesarias a la autoridad administrativa para que emprenda la debida encuesta.

Sin embargo, debe decirse que estos últimos poderes no son realmente de una gran importancia. La apertura de una acción penal por delitos cometidos en el servicio público acontece raramente, dado el elevado nivel moral del funcionario danés; por otra parte, si bien cada año se procede a encuestas disciplinarias, el número de las mismas resulta muy reducido en comparación al total de funcionarios. El resultado es que, hasta el presente, aún no ha sido necesario recurrir al derecho de emprender diligencias de carácter penal o disciplinario.

La práctica ha puesto de manifiesto que el poder de mayor importancia de que dispone el Comisario, es el que le confiere el Artículo 9 de la Ley, el cual es recogido por el Artículo 10 de las Instrucciones. Según estas disposiciones, el Comisario puede dar siempre su parecer a la persona que es objeto de una demanda.

Al llamar la atención sobre los errores cometidos, el Comisario puede ejercer una influencia determinante sobre la Administración. Además, en el caso en que el Comisario estime que tal o cual decisión es errónea, las disposiciones (legisladoras) en cuestión le dan una base jurídica para poder emprender negociaciones con la autoridad interesada con vistas a modificar la decisión. Sin embargo, si a causa de la naturaleza del asunto o de la decisión, no es posible modificación alguna, el caso proporcionará a menudo al Comisario la ocasión de discutir con las autoridades sobre el problema de la revisión del procedimiento general.

Podemos señalar, a este respecto, que en virtud del Artículo 7, párrafo 3, de las Instrucciones, el Comisario puede recomendar la concesión a un querellante de la asistencia jurídica, en el caso en que éste tenga la intención de emprender una acción judicial contra una autoridad del Estado o una persona que haya participado en un servicio del Estado, por pretendidos errores o negligencias cometidas en acto de servicio. Naturalmente, el Comisario hace uso de este poder con mucha circunspección.

Debe subrayarse, empero, que el Comisario no tiene el poder de modificar una decisión administrativa. El Comisario tiene por misión controlar y no actuar como un Tribunal de Apelación o de Casación. La Administración no está obligada a seguir las recomendaciones del Comisario, y en caso de negativa, lo único que éste último puede

hacer es someter el asunto al Parlamento, el cual puede iniciar la discusión de la cuestión con el ministro responsable. Hasta el presente, la Administración se ha mostrado en la mayor parte de los casos dispuesta a aceptar las demandas del Comisario, tanto si se refirieron a casos particulares o a cuestiones de orden general relativas a la práctica o al procedimiento administrativo.

Aparte el control de la Administración, el Comisario tiene el poder de señalar al Parlamento y al ministro interesado los casos en que, a su juicio, puede ponerse de manifiesto las lagunas existentes en las leyes a disposiciones administrativas en vigor; igualmente, el Comisario puede proponer todas las medidas que juzgue útiles para promover la justicia y el orden, o para mejorar el funcionamiento de la Administración. Esto no quiere decir, sin embargo, que pertenece al Comisario el presentar al Parlamento proposiciones de leyes. Tampoco debe expresar su opinión sobre cuestiones políticas, mas puede llamar la atención al Parlamento sobre tales o cuales errores o lagunas de una ley, que pueden haber escapado a la atención de aquél.

III. Relaciones con el Parlamento

Como queda señalado, el Comisario es elegido por el Parlamento. Para asegurar su independencia, está previsto que no deberá ocupar plaza alguna en un servicio público o en empresas, instituciones o establecimientos privados sin el consentimiento del Comité parlamentario mencionado.

Por regla general, el Comisario es nombrado después de cada elección general, pero el Parlamento puede en cualquier momento destituir un Comisario que ya no disponga de su confianza y nombrar uno nuevo.

No obstante, esto no quiere decir que el Parlamento puede entorpecer la labor del Comisario cuando éste se ocupa de casos individuales. Tal como queda expresamente señalado en el Artículo 3 de la Ley, el Comisario — a reserva de las Instrucciones generales — es independiente del Parlamento en el cumplimiento de sus funciones.

La dependencia del Comisario respecto al Parlamento se halla asimismo formulada en el Artículo 19 de la Ley, en virtud del cual aquél admite y despide su propio personal. Sin embargo, el número, sueldos y retiros de ese personal son establecidos por el Parlamento. Actualmente, se compone de 10 personas, de las cuales 5 tienen una formación jurídica.

El Comisario ejerce su control de la Administración en nombre del Parlamento; en consecuencia, está obligado a señalar al Parlamento y al ministro interesado los casos en los cuales sus encuestas han puesto de manifiesto que una persona dependiente de la com-

petencia del mismo ha cometido errores o actos de negligencia de cierta importancia.

Además, el Comisario debe presentar cada año al Parlamento un informe sobre sus actividades en el curso de los doce meses últimos. Queda precisado que el Comisario debe mencionar en ese informe – que se imprime y publica – las decisiones que ha tomado en los casos particulares que pueden ofrecer un interés general.

Con el objeto de asegurar la protección de los funcionarios, está previsto que si el informe que el Comisario ha presentado al Parlamento, o si las informaciones que ha transmitido al mismo o a un ministro encierran críticas contra una persona o un órgano administrativo, ese informe o esas informaciones deben indicar lo que esa persona o ese órgano han alegado en su defensa. Si, además, el Comisario cita en su informe casos en los que considera que la queja no tiene fundamento, entonces el nombre y la dirección de la persona inculpada no deben mencionarse, a menos que el interesado lo haya deseado.

Para facilitar sus relaciones con el Comisario, el Parlamento nombró un Comité especial al través del cual recibe los informes e informaciones relativos a casos particulares. Es regla que el Comité invite al Comisario a asistir a sus reuniones.

IV. Examen de las quejas

De acuerdo con el Artículo 6 de la Ley, el Comisario puede emprender por iniciativa propia el examen de todo asunto. Hasta el presente, sólo usó de este poder en un número reducido de casos, por ejemplo cuando la prensa puso en conocimiento del público una cuestión concerniente a la Administración. Por lo general, empero, la iniciación de la encuesta comienza al recibirse la queja.

Toda persona puede depositar una queja sin tener que justificar un interés particular en el asunto en cuestión, pero es lógico que el Comisario dude en emprender el examen de un asunto si aparece claramente que el demandante no tiene un interés jurídico o legítimo en ese mismo asunto.

Los funcionarios y los soldados tienen igualmente derecho a querellarse y no están obligados a hacerlo por la vía oficial, pudiendo dirigirse directamente al Comisario. En efecto, un número bastante elevado de querellas proceden de los funcionarios, por lo general de los de categoría inferior que no están satisfechos de las condiciones de trabajo imperantes en su servicio respectivo.

Por otra parte, de acuerdo con el Artículo 6 de la Ley, toda persona que se haya visto privada de su libertad está autorizada a dirigir al Comisario sus reclamaciones por escrito y en sobre cerrado.

A este respecto, debo mencionar igualmente que inspeccioné diversas cárceles y establecimientos penitenciarios en el curso de es-

tos dos años últimos. Estas inspecciones son anunciadas por adelantado y los presos avisados de que tendrán la posibilidad de entrevistarse con el Comisario sin la presencia de los funcionarios de la prisión. A pesar de que las demandas de los presos no se justifican por lo general, concedo una cierta importancia a estas entrevistas, puesto que permiten al preso discutir sobre cuestiones que le interesan con una persona que no considera como enviada por los que le encarcelaron o por los que dirigen la prisión.

Conformemente al Artículo 71, párrafo 7, de la Constitución, el Parlamento ha creado un Comité de control encargado de examinar la situación de las personas que se han visto privadas de su libertad por órganos distintos a los tribunales -por ejemplo, las personas encerradas en manicomios y establecimientos psiquiátricos-. El Artículo 4 de las Instrucciones prevé que el Comisario debe transmitir al Comité las quejas relativas al trato de esas personas, y, por otra parte, el Comité puede pedir al Comisario examine las quejas dirigidas contra toda persona o institución de los servicios del Estado. La colaboración con el Comité se ha evidenciado totalmente satisfactoria.

Desde el punto de vista de la forma, las quejas deben ser, en la medida de lo posible, dirigidas por escrito y acompañadas de las pruebas presentadas por el querellante. Asimismo deben mencionarse el nombre y dirección del querellante. Ha sucedido que un querellante, que previamente dió su nombre al Comisario, pida luego, por razones particulares, que no sea revelado a las autoridades. En este caso, el Comisario decide si estima razonable o no responder a tal deseo.

De acuerdo con el Artículo 6 de la Ley, la demanda debe ser depositada en el curso del año en que se produjo el hecho o el acto origen de la queja. Sin embargo, el plazo no es absoluto, puesto que para los asuntos que el Comisario decide examinar por iniciativa propia no existe tal plazo.

Desde el momento que se deposita una queja en las oficinas del Comisario, es sometida lo más pronto posible a un primer examen al objeto de ver si debe iniciarse o no una encuesta oficial. Es el propio Comisario el que debe decidir. A consecuencia de un primer examen, un 50 por ciento de las quejas, aproximadamente, son rechazadas por diversas razones sin necesidad de proceder a una encuesta más detallada. Un gran número de los casos eliminados se refieren a personas o cuestiones que escapan a la competencia del Comisario. Citemos, por ejemplo, como casos típicos, las quejas relativas a las sentencias de los tribunales, o a la actitud de los jueces, así como las que conciernen al Parlamento, a la Administración municipal o a los negocios privados. Sin embargo, no siempre resulta fácil delimitar la competencia del Comisario, particularmente por lo que se refiere a la Administración municipal, teniendo en

cuenta que algunos funcionarios o instituciones dependen a la vez del gobierno y de las municipalidades.

En algunos de los casos que acabamos de mencionar, se indica a los demandantes las autoridades a las cuales pueden dirigirse, o bien se envía directamente las quejas a la autoridad competente. Tal es el caso, en particular, cuando una queja concierne a la Administración municipal.

Si el Comisario estima que no puede rechazar inmediatamente una queja, ésta es transmitida a la persona o servicio interesado con la petición de que comunique toda declaración y documentos relativos al asunto. Cuando ya ha recibido estos documentos, las oficinas del Comisario examinan el caso con atención y si es necesario el propio Comisario se entrevistará con el querellante, el funcionario incriminado, la autoridad responsable y posiblemente con otras personas capaces de proporcionarle informaciones interesantes. Estas entrevistas toman, por lo general, la forma de conversaciones oficiosas en el despacho del Comisario, el cual, hasta el presente, no ha tenido que usar del poder que le permite citar a los testigos ante un tribunal.

Durante la encuesta, los funcionarios tienen toda la posibilidad de defenderse merced a la protección especial establecida por el Artículo 7, párrafo 3, de la Ley, que prevé que el funcionario incriminado puede pedir en cualquier momento que el asunto sea objeto de una encuesta disciplinaria de acuerdo con las disposiciones de la Ley sobre los funcionarios. En estos casos, el Comisario interrumpirá su encuesta y transferirá el asunto a la autoridad administrativa competente, expidiendo los hechos y adjuntando los informes que haya podido recoger. Hasta el día de hoy, ningún funcionario ha hecho uso de ese derecho.

Cuando la encuesta está terminada, el Comisario toma una decisión e informa a las partes. Esta decisión es, por lo general, comunicada al demandante por medio de una carta en la que el Comisario expone los hechos y motivos de su decisión con el mayor número posible de detalles. Se dirigen copias de esta carta al funcionario y autoridades interesados, y en el caso en que el Comisario haya encontrado materia criticable, no deja de llamar la atención en la misma al funcionario o autoridades en cuestión sobre el hecho.

Cuando el Comisario ha tomado su decisión el asunto se da por terminado, puesto que no es posible apelar ante una autoridad superior.

V. Número y naturaleza de los asuntos

Cada año, el número de asuntos aumenta considerablemente. En 1955 (abril-diciembre), el Comisario recibió 565 quejas, de las cuales 315 fueron objeto de una encuesta regular. En 1956, esas

dos cifras se elevaron a 869 y 438, respectivamente. Y en 1957, el Comisario recibió 1.025 quejas, aproximadamente. En número de encuestas en ese año se elevó al 50 por ciento del número total de quejas. Por último, podemos señalar que en el curso de los cuatro primeros meses de 1958, el número de quejas no cesó de aumentar.

Por lo general, las encuestas concluyen que las críticas dirigidas al funcionario o a los servicios del Ejército no tienen fundamento. Esto no quiere decir que tales quejas hayan sido siempre injustificadas. Como a menudo la Administración no indica los motivos de sus decisiones, y por lo general el demandante tiene un conocimiento incompleto del asunto o no se halla en condiciones de apreciar los hechos, no comprende la decisión y corre el riesgo de encontrarla exagerada o injusta.

En el 10 por ciento, aproximadamente, de los asuntos examinados, el Comisario estimó necesario formular críticas o hacer recomendaciones, de una manera u otra, a la autoridad interesada. Ese porcentaje puede parecer débil proporcionalmente al número de casos examinados; pero para poder juzgar el trabajo del Comisario es necesario darse cuenta que no es sólo el número de asuntos lo que resulta significativo, sino que es preciso — y quizás lo más importante — no olvidar la influencia preventiva sobre la Administración del trabajo del Comisario, lo cual produce así una mayor confianza en el valor de esa Administración y de sus decisiones.

Las quejas recibidas se relacionan con todos los dominios de la Administración. La mayor parte de ellas conciernen a los Ministerios — especialmente a los de Justicia y Finanzas —, a las autoridades locales del Estado y a la policía. Antes de la votación de la Ley, algunos diputados expresaron el temor de ver la nueva institución tomar por blanco al más insignificante funcionario, que ha actuado según su buen sentido común pero que tal vez no aplicó las reglas y reglamentos en todos sus detalles.

A mi parecer, esos temores se han evidenciado sin fundamento. Ciertamente, el Comisario recibe quejas contra los pequeños funcionarios, pero en realidad constituyen una parte reducida del total de demandas. La mayoría de ellas no va dirigida contra tal o cual funcionario, cualquiera que sea su categoría, sino contra las instituciones y, como acabamos de decir, especialmente contra los Ministerios. Y esto, tal vez, porque en general es posible, una vez la decisión tomada, apelar ante una autoridad superior y eventualmente ante el ministro interesado. Si bien una persona que no queda satisfecha de una decisión puede someter inmediatamente el asunto al Comisario, muy a menudo prefiere intentar emplear las posibilidades habituales del recurso administrativo, antes de dirigirse a aquél.

No creo que durante los tres años en el curso de los cuales ejercí mis funciones, la Administración haya estado mucho más dispuesta a aplicar estrictamente a la letra las leyes o los reglamentos.

Verdad es que al comienzo numerosos funcionarios acogieron la institución del Comisario con un cierto escepticismo, pero me esforcé en no examinar los asuntos que me eran transmitidos bajo un ángulo formalista, y tengo la impresión de que los funcionarios tienen plena conciencia de ello y que los escépticos tienden a desaparecer.

Se ha dicho igualmente que la oficina del Comisario resultaría un lugar de reunión de todos los pendencieros o agitadores profesionales. Naturalmente, el Comisario recibió quejas que sólo pueden calificarse de liosas, pero muy a menudo ha sido posible rechazarlas sin previo examen y — digámoslo — no fueron muy numerosas.

Es difícil poder dar en un corto artículo una idea de la naturaleza de los asuntos examinados, mas hay una categoría que merece una particular atención a causa de las dificultades que acarrearón. Se trata de los asuntos en los que la decisión de la Administración no depende de la aplicación de un texto legislativo sino que se deja a la discreción de la misma.

Esta categoría de asuntos abarca dominios muy variados, y hasta ahora los tribunales no han podido criticar las decisiones tomadas más que en un número mínimo de casos. Los tribunales daneses se negaron igualmente, todos, a reexaminar esas decisiones cuando podían considerarse como pertenecientes al cuadro del poder discrecional acordado por el Legislativo a los servicios administrativos, a condición que no pueda probarse que se haya perseguido un objetivo ilícito (sustracción de poderes).

Al comisario le es difícil, cuando examina asuntos de esta naturaleza, emitir críticas. Por ejemplo, a menudo se deja a la Administración la facultad de determinar la pensión alimenticia que un marido debe pagar a su antigua esposa o a sus hijos legítimos o ilegítimos; se comprenderá fácilmente que en tales casos le sea casi imposible al Comisario criticar el importe de esa pensión.

Sin embargo, si en un asunto de la índole de los que acabamos de mencionar el Comisario estima que la decisión es arbitraria o injusta, puede basarse en el Artículo 3 de las Instrucciones para dar una base jurídica a sus críticas, si bien en tales casos los tribunales se abstienen de ejercer su poder de control.

Se puede señalar, en particular, esto: se ha descubierto que en algunos asuntos la Administración sigue una regla bien definida establecida por la práctica, en lugar de usar, como debiera hacerlo, de su poder discrecional en cada caso concreto. En esos casos, el Comisario criticó la decisión tomada y recomendó el reexamen del asunto.

VI. El Comisario y la Administración municipal

Como ya hemos dicho anteriormente, la Administración mu-

nicipal escapa a la competencia del Comisario. No obstante, el año último, se ha planteado la cuestión de saber si no sería preciso extender igualmente su competencia a esa parte de la Administración.

A mi parecer, existen buenas razones en favor de esa extensión. En Dinamarca, el Estado y la Administración trabajan por lo general conjuntamente. Por ejemplo, los funcionarios inferiores de contribuciones son empleados municipales, mientras que los de categoría superior dependen del gobierno. Resulta poco satisfactorio que en el examen de asuntos de esta índole, el Comisario pueda criticar las actividades de los órganos superiores y no las de los inferiores.

Los ciudadanos comprenden mal, asimismo, que el Comisario pueda ocuparse de una queja dirigida contra un profesor de establecimiento público de enseñanza y no de la presentada contra un maestro de escuela "municipal". Igual acontece, por ejemplo, con los hospitales, algunos de los cuales están administrados por el Estado y otros por las autoridades municipales.

Los organismos municipales se han opuesto, hasta ahora, a la extensión de esa competencia del Comisario. Pretenden que podría perjudicar la autonomía local. Además, han señalado que, gracias a la posibilidad que tienen de apelar contra las decisiones municipales, los ciudadanos gozan de suficientes garantías contra una violación de sus derechos. A mi parecer, esos argumentos no pueden resultar decisivos. Teniendo en cuenta que el Comisario no puede modificar por sí mismo las decisiones, es difícil comprender en qué puede perjudicar a la autonomía local el control que él efectúa *a posteriori*; y si bien a veces es posible apelar contra las decisiones municipales, sería tal vez preferible para todas las partes que el Comisario pueda igualmente conocer las actividades de la Administración al nivel municipal. A este respecto, se ha sugerido también que el Comisario no debería gozar de competencia antes que se hayan agotado todas las posibilidades de apelación.

El Parlamento aún no ha decidido si debe extender la competencia del Comisario, pero a mi parecer va a tomar una decisión en ese sentido. Es interesante señalar que la competencia del Comisario sueco se ha extendido, en cierta medida, a la Administración municipal, en mayo de 1957.

VIII. Conclusión

La función del Comisario no puede ser todavía considerada como una institución sólidamente establecida en la vida constitucional danesa. Naturalmente, al comienzo hubo ciertas dificultades, pero hoy puede considerarse que han sido superadas.

Una de las condiciones del buen funcionamiento de esta nueva institución fué la confianza de que ha gozado en el Parlamento, entre las autoridades administrativas y en el público. En un artículo

que escribí después de haber ejercido mis funciones durante un año, declaré que la Administración central y sus servicios locales habían mostrado su voluntad de cooperar lealmente con el Comisario. Ahora, después de haber ejercido mis funciones durante tres años, ratifico aquella declaración. La amistosa actitud adoptada por la prensa desde el comienzo con respecto a la nueva institución no ha cambiado. Sus trabajos son seguidos en todo momento por los periódicos con gran interés, los cuales publican y comentan a menudo las decisiones del Comisario.

En resumen: tanto mi personal como yo podemos decir que estamos convencidos que la nueva institución del *Folketingets ombudsmand* (Comisario-parlamentario) ha contribuído y contribuirá a construir — o más bien a conservar — una sana Administración al servicio de la democracia danesa.

STEPHAN HURWITZ*

Profesor de Derecho-Copenhague

* Comisario-parlamentario encargado del control de la Administración Civil y Militar.

Anexo I

**LEY No 203 DEL 11 DE JULIO DE 1954
RELATIVA AL COMISARIO-PARLAMENTARIO
ENCARGADO DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACION
CIVIL Y MILITAR**

Artículo 1

Después de las elecciones generales, el *Folketing* (Parlamento) elige un Comisario-parlamentario que ejerce en su nombre el control de la Administración civil y militar. Los jueces escapan por completo, en el ejercicio de sus funciones, a la competencia del Comisario-parlamentario.

Si el Comisario-parlamentario deja de gozar de la confianza del *Folketing*, éste puede destituirle y elegir un nuevo Comisario-parlamentario.

Artículo 2

El Comisario-parlamentario, que no debe ser miembro del *Folketing*, tiene no obstante que disponer de una formación jurídica.

Artículo 3

El *Folketing* promulga las reglas generales referentes a las actividades del Comisario-parlamentario. En el límite de esta reglamentación, el Comisario es independiente del *Folketing* mientras esté en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 4

La competencia del Comisario-parlamentario se extiende a los ministros, a los funcionarios y a cualquier persona empleada en un servicio del Estado, a excepción de las disposiciones del Artículo 1, párrafo 1, anterior.

Artículo 5

El Comisario-parlamentario debe informarse para saber si las personas mencionadas en el Artículo 4 han cometido errores o actos de negligencia en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 6

Cualquier persona puede dirigir al Comisario-parlamentario una queja contra las personas mencionadas en el Artículo 4. El demandante debe indicar su nombre y la queja ser depositada dentro

del plazo de un año, a partir del día en que se cometió el acto inculminado. El Comisario-parlamentario decide si la queja aparece suficientemente motivada para dar lugar a una encuesta. El Comisario-parlamentario puede igualmente emprender el examen de un asunto por iniciativa propia. Toda persona privada de libertad puede enviar demandas escritas y en sobre cerrado al Comisario-parlamentario.

Artículo 7

Las personas mencionadas en el Artículo 4 deben proporcionar al Comisario-parlamentario cuantos informes, documentos y actas pueda éste pedirles en el ejercicio de sus funciones.

Las demandas de informes dirigidas por el Comisario-parlamentario de acuerdo con el párrafo 1, están sometidas a idénticas restricciones que las previstas por la Ley sobre administración de la justicia (Artículo 169, párrafos 1 y 3; y Artículo 170, párrafo 1, siendo la disposición principal la del Artículo 170, párrafo 4 y la del Artículo 749).

Si el Comisario-parlamentario quiere emprender una acción como consecuencia de una queja dirigida contra una de las personas mencionadas en el Artículo 4, la queja en cuestión debe de ser comunicada lo más pronto posible a la persona interesada, a menos que no resulte absolutamente incompatible con la instrucción del asunto. La persona interesada, si es un funcionario, puede pedir en cualquier momento que el asunto sea examinado de acuerdo con las disposiciones de la Ley sobre los funcionarios, Artículo 17 (cf. Artículo 18).

El Comisario-parlamentario puede citar a las personas para que se presenten a declarar ante un tribunal sobre toda cuestión que guarde relación con la encuesta. Este procedimiento se desarrolla de acuerdo con las disposiciones relativas a la audición de los testigos durante la instrucción (Cf. la Ley sobre administración de la justicia, Capítulo 74). Estas audiencias del tribunal tienen lugar a puerta cerrada. La persona contra la cual va dirigida la demanda, está autorizada a asistir personalmente a estas audiencias y a hacerse acompañar por un abogado. Las reglas en vigor para el pago de los honorarios del abogado en las diligencias disciplinarias emprendidas contra los funcionarios, son aplicables por analogía.

Artículo 8

El Comisario-parlamentario debe guardar el secreto sobre todas las cuestiones puestas en su conocimiento en el ejercicio de sus funciones, a condición de que ese secreto sea necesario *ipso facto*. La obligación de guardar el secreto no desaparece cuando abandona su puesto.

Artículo 9

El Comisario-parlamentario puede ordenar a las autoridades competentes emprender un procedimiento preliminar, o de llevar una acusación ante los tribunales de derecho común en caso de falta profesional en un servicio público o en una oficina, a excepción de las disposiciones de los Artículos 16 y 60 de la Constitución (La Corte del Reino).

El Comisario-parlamentario puede ordenar a la autoridad administrativa interesada emprender las diligencias disciplinarias.

En todos los casos, el Comisario-parlamentario puede dar siempre a la persona interesada su parecer sobre el asunto.

Artículo 10

Si un error o acto de negligencia de cierta importancia cometido por una de las personas mencionadas en el Artículo 4 es puesto en conocimiento del Comisario-parlamentario, éste debe informar al *Folketing* y al ministro interesado.

El Comisario-parlamentario presenta cada año al *Folketing* un informe de actividades. Este informe se imprime y publica.

Si el Comisario-parlamentario pone un asunto en conocimiento del *Folketing* o de un ministro, o si menciona ese asunto en su informe anual, debe indicar expresamente en ambos casos lo que la persona interesada ha dicho en su defensa.

Artículo 11

Si el Comisario-parlamentario tiene conocimiento de lagunas en las leyes o reglamentos administrativos en vigor, debe informar al *Folketing* y al interesado.

Artículo 12

El Comisario-parlamentario recibe una asignación igual a la de un juez del Tribunal Supremo, en el más elevado grado de la escala de sueldos. Además, puede verse conceder una indemnización personal cuyo valor es determinado según las circunstancias. Tiene derecho a la indemnización llamada *waiting money*¹ y a un retiro de acuerdo con las disposiciones correspondientes a las contenidas en la Ley sobre los sueldos, retiros, etc. de ministros, Artículos 3-6.

El Comisario-parlamentario no debe ocupar puesto alguno en establecimientos, empresas o instituciones públicas o privadas, sin el consentimiento de un Comité al que el *Folketing* dió instrucciones para decidir sobre el caso.

¹ Indemnización pagable a los funcionarios en disponibilidad temporal.

Artículo 13

El Comisario-parlamentario admite y despide su personal. El número, sueldo y retiro de ese personal es establecido según las mismas reglas que las previstas por el Reglamento interior del *Folketing* (Parlamento) para sus propios funcionarios. Los gastos de la oficina del Comisario-parlamentario son cubiertos por el presupuesto del *Folketing*.

Artículo 14

La presente Ley entra en vigor el 1 de noviembre de 1954.

Artículo 15

Esta Ley será sometida a revisión del *Folketing* antes de que termine el año parlamentario 1956-1957²

² Una Ley n° 71 del 29 de marzo de 1957, modifica las palabras "año parlamentario 1956—1957" por las siguientes: "año parlamentario 1957—1958".

Anexo II**INSTRUCCIONES EN BENEFICIO
DEL COMISARIO-PARLAMENTARIO ENCARGADO DEL
CONTROL DE LA ADMINISTRACION CIVIL Y MILITAR**

Las siguientes instrucciones en beneficio del Comisario-parlamentario encargado del control de la Administración civil y militar, son adoptadas en ejecución de la Ley n° 203 del 11 de junio de 1954, Artículo 3.

Artículo 1

En nombre del *Folketing* (Parlamento), el Comisario-parlamentario se mantiene informado del funcionamiento de la Administración civil y militar.

Artículo 2

1. La competencia del Comisario-parlamentario se extiende a los ministros, a los funcionarios y a cualquier persona empleada en un servicio del Estado, a excepción de las disposiciones de los párrafos 2 y 3 que van a continuación.

2. Los jueces escapan por completo, en el ejercicio de sus funciones, a la competencia del Comisario-parlamentario. Los jueces asesores dependen, por otra parte, de la competencia del Comisario-parlamentario en la medida en que las quejas dirigidas contra sus actividades profesionales no pueden ser llevadas ante el tribunal especial.

3. Los funcionarios de la Iglesia estatal dependen de la competencia del Comisario-parlamentario, salvo en las cuestiones que se refieren directa o indirectamente a los dogmas de la Iglesia o a su enseñanza.

Artículo 3

1. El Comisario-parlamentario se informa para saber si tal o cual persona que depende de su competencia persigue objetivos ilícitos, toma decisiones arbitrarias o inoportunas, o comete de cualquier otra manera errores o actos de negligencia en el ejercicio de sus funciones.

2. El Comisario-parlamentario puede examinar, bien a consecuencia de una demanda que se le ha hecho o por iniciativa propia, toda medida civil o militar tomada en un servicio del Estado y que dependa de su competencia.

3. El Comisario-parlamentario está autorizado a inspeccionar todos los servicios del Estado; a excepción de las restricciones idénticas a las previstas por la Ley sobre administración de la justicia, Artículo 749, párrafo 1, tiene acceso a todas partes.

4. Toda persona empleada en un servicio del Estado está obligada a facilitar al Comisario-parlamentario todos los informes, así cuantos documentos y actas pueda tener necesidad en el ejercicio de sus funciones.

5. Las peticiones de informes dirigidas por el Comisario-parlamentario de acuerdo con el párrafo 4, están sometidas a las restricciones previstas en el Artículo 2, párrafos 2 y 3, y a restricciones idénticas a las previstas por la Ley sobre administración de la justicia (Artículo 169, párrafos 1 y 3, y Artículo 170, párrafo 1, siendo la principal disposición la de los Artículos 170, párrafo 4, y 749).

Artículo 4

1. Cualquier persona privada de su libertad puede dirigir demandas escritas, en sobre cerrado, al Comisario-parlamentario.

2. Las quejas relativas al trato de las personas privadas de su libertad, y que fueron presentadas mediante un procedimiento diferente al previsto por el derecho de lo criminal, deben de ser transmitidas al Comité de control nombrado por el *Folketing* de acuerdo con el Artículo 71, párrafo 7, de la Constitución; el Comité de control puede pedir que el Comisario-parlamentario participe en el examen de las demandas si éstas últimas están dirigidas contra una persona empleada en un servicio del Estado.

Artículo 5

1. Cualquier persona puede dirigir directamente al Comisario-parlamentario las quejas que tenga contra las personas o referentes a cuestiones que dependan de su competencia; estas quejas deben ser dirigidas, en la medida de lo posible, por escrito y acompañadas de una exposición de las pruebas del demandante.

2. En la queja debe de figurar el nombre y dirección del demandante, y tiene que ser depositada en el plazo de un año a partir del día en que se cometió el acto que es objeto de la demanda.

Artículo 6

Si una queja se refiere a personas o a cuestiones que no entran en la competencia del Comisario-parlamentario, o si la queja fué depositada demasiado tarde, éste último informará al demandante que no puede aceptarla. Sin embargo, el Comisario-parlamentario puede transmitir esta queja a la autoridad competente y aconsejar al demandante sobre lo que debe hacer.

Artículo 7

1. Si el Comisario-parlamentario estima que una queja que depende de su competencia no ofrece fundamento, o que el objeto de la misma no ofrece interés, debe de informar lo más pronto posible al demandante de que nada justifica una intervención de su parte en la materia.

2. En los casos en que la queja puede ser transmitida a una autoridad particular, el Comisario-parlamentario debe hacer las gestiones necesarias para que el asunto sea llevado ante dicha autoridad antes de tomar otras medidas.

3. Si el Comisario-parlamentario estima que el examen de un acto que es objeto de una queja depende de los tribunales, puede indicar esta posibilidad al demandante. En los casos en que éste tenga intención de emprender una acción contra una autoridad del Estado o una persona que participe o haya participado en un servicio del Estado, por pretendidos delitos o actos de negligencia cometidos en ese servicio, el Comisario-parlamentario puede, a excepción de las disposiciones de la Ley sobre administración de la justicia, Capítulo 31, recomendar que le sea concedida al demandante la asistencia judicial.

Artículo 8

1. Si el Comisario-parlamentario estima que una queja debe ser objeto de examen, la parte interesada será informada lo antes posible del contenido de la queja depositada contra ella, por mediación de la autoridad administrativa apropiada si es hacedero, y debe pedírsele haga una declaración relativa a esa queja, salvo si este procedimiento resulta absolutamente incompatible con la instrucción del asunto.

2. A excepción de las disposiciones del Artículo 3, párrafo 5, el Comisario-parlamentario puede pedir declaraciones por escrito e informaciones más amplias a la persona contra la cual está dirigida la queja, así como a su superior.

3. El Comisario-parlamentario puede citar a las personas que estime conveniente para que comparezcan y declaren ante un tribunal sobre cuestiones que guarden una relación con su encuesta. Este procedimiento está regido por las disposiciones relativas al interrogatorio de los testigos en el curso de la instrucción (Cf. Capítulo 74 de la Ley sobre administración de la justicia). Las audiencias del tribunal se desarrollan a puerta cerrada. El Comisario-parlamentario puede asistir personalmente a estos interrogatorios o hacerse representar. La persona contra la cual está dirigida la demanda puede hacerse acompañar por su abogado, posibilidad que le será comunicada en la citación para la primera audiencia del tri-

bunal. Esta citación debe de ser entregada en un plazo apropiado. El ministro de Justicia decidirá mediante decreto las personas que pueden ser elegidas como abogados.

4. Las reglas en vigor para el pago de los honorarios del abogado en las diligencias disciplinarias iniciadas contra los funcionarios, son aplicables por analogía.

Artículo 9

1. Si el Comisario-parlamentario ha declarado que va a intervenir a consecuencia de una demanda presentada contra un funcionario, éste último puede pedir en todo momento que el asunto sea objeto de una encuesta disciplinaria, de acuerdo con las disposiciones de la Ley sobre los funcionarios, Artículo 17 (cf. Artículo 18). El Comisario-parlamentario detendrá su encuesta y transmitirá el asunto a la autoridad administrativa competente, exponiendo los hechos y adjuntando a su declaración los informes que haya podido obtener.

2. Esta regla se aplica igualmente si la autoridad administrativa interesada abre una encuesta disciplinaria, o si la policía inicia por su parte una encuesta con el objeto de establecer si se ha cometido un delito punible por la ley.

3. En los casos mencionados en los párrafos 1 y 2, el Comisario-parlamentario está autorizado a pedir que se le envíen inmediatamente copias de los interrogatorios llevados a cabo en el curso de las encuestas disciplinarias, así como de los informes de la policía y actas de audiencia; también está autorizado a que se le informe de las conclusiones de esas encuestas.

Artículo 10

1. Si el Comisario-parlamentario estima, después de la encuesta, que un ministro o antiguo ministro debe ser considerado como responsable de sus actividades profesionales, de acuerdo con el Derecho civil o criminal, dirigirá una recomendación en este sentido al "Comité del *Folketing* para el Comisario-parlamentario".

2. Si el Comisario-parlamentario estima que otras personas que dependen de su competencia han cometido delitos en el ejercicio de sus funciones en un servicio u oficina pública (Código Penal, Capítulo 16), puede dar orden a las autoridades encargadas de las diligencias de abrir una encuesta preliminar y emprender una acción ante los tribunales de derecho común.

3. Si el Comisario-parlamentario estima que la mala conducta de un funcionario justifica la iniciación de diligencias disciplinarias, puede dar orden a la autoridad interesada de abrir una encuesta disciplinaria.

4. Incluso si el Comisario-parlamentario no tiene ocasión de intervenir a consecuencia de una queja, puede siempre dar su parecer sobre la cuestión a la persona contra la cual va dirigida la demanda.

Artículo 11

1. El Comisario-parlamentario llama la atención del "Comité del *Folketing* para el Comisario-parlamentario", así como del ministro interesado, sobre todos los asuntos sobre los cuales las leyes y reglamentos administrativos en vigor le parecen incompletos. Por otra parte, puede proponer cualquier medida que juzgue útil para promover la justicia y el orden, o para mejorar el funcionamiento de la administración.

2. El Comisario-parlamentario puede pedir al "Comité del *Folketing* para el Comisario-parlamentario" que transmita al Parlamento las comunicaciones que le dirige.

Artículo 12

Si en un asunto la encuesta del Comisario-parlamentario evidencia que una persona que depende de su competencia ha cometido errores o actos de negligencia de cierta importancia, entonces informa de ello al "Comité del *Folketing* para el Comisario-parlamentario", así como al ministro interesado.

Artículo 13

1. Cada año, al finalizar el mes de septiembre, el Comisario-parlamentario presenta al *Folketing* un informe sobre sus actividades en los últimos doce meses. Este informe se imprime y publica. En el mismo, el Comisario cita, entre otras, las decisiones que tomó en los casos particulares que pueden presentar un interés general; menciona asimismo los asuntos en los cuales se transmitieron, de acuerdo con los Artículos 11 y 12, informaciones al "Comité de *Folketing* para el Comisario-parlamentario", de una parte, y a los ministros interesados, de otra.

2. Si en un asunto citado en el informe, o sobre el cual se transmitieron informaciones al "Comité del *Folketing* para el Comisario-parlamentario" o a un ministro, se critica a una persona o a un servicio administrativo, este informe o las informaciones deberán indicar lo que esa persona o servicio administrativo han dicho en su defensa.

3. Si el Comisario-parlamentario menciona en su informe asuntos en los cuales estimó que la queja no tenía fundamento, no debe de citar el nombre y dirección de la persona contra la cual

estaba dirigida la queja en cuestión, salvo si ésta persona ha expresado el deseo contrario.

Artículo 14

El Comisario-parlamentario admite y despide su personal, cuyo número, sueldo y retiro es establecido según las mismas reglas que las previstas por el Reglamento interior del *Folketing* para sus propios funcionarios.

Artículo 15

1. El Comisario-parlamentario debe guardar el secreto sobre todas las cuestiones puestas en su conocimiento en el ejercicio de sus funciones, a condición de que ese secreto sea necesario *ipso facto*. El personal a las órdenes del Comisario tiene la misma obligación.

2. El Comisario-parlamentario está obligado a guardar ese secreto después de haber presentado su dimisión o tomado su retiro.

Artículo 16

1. El Comisario-parlamentario no debe ser miembro del *Folketing*.

2. El Comisario-parlamentario no debe ocupar, sin el asentimiento del "Comité del *Folketing* para el Comisario-parlamentario", ningún puesto en establecimiento, empresas o instituciones privadas o públicas.

3. A excepción de las restricciones previstas por las presentes Instrucciones, el Comisario-parlamentario es independiente del *Folketing* en el ejercicio de sus funciones.

Adoptado por el *Folketing* el 22 de marzo de 1956.

Gustav Pedersen
Bruun de Neergaard

LAS PROFESIONES JUDICIALES Y EL DERECHO: LA ABOGACIA EN FRANCIA

I. LOS ABOGADOS Y LA JUSTICIA

En Francia, la Justicia es honorablemente imperfecta. Se semeja a una anciana que habita en una casa antiquísima. Las guerras, las invasiones y las revoluciones han quebrantado la casa y destruído el mobiliario. En el curso de los siglos, especialmente durante los últimos cincuenta años, se añadieron a sus paredes nuevas construcciones, en forma desordenada y poco inteligente. Pero la anciana en cuestión continúa ahí, majestuosa y soberana, incierta de su propia cordura y no obstante casi serena, en la medida en que puede alcanzar una virtud que, en su plenitud, no corresponde a los hombres sino a Dios.

Los abogados son los servidores imperfectos de esa Justicia imperfecta. Su vocación es combatir por la verdad; sus armas son la claridad, su escudo la buena voluntad. Mas a veces le acontece combatir por el error. Su tradición se esfuerza en reprimir este pecado contra el espíritu, junto con otros más veniales. A veces lo logra. Tales son las grandes líneas de esa tradición que es necesario conocer para comprender el sistema judicial francés y para definir la condición de la abogacía.

II. ORGANIZACION JUDICIAL

A. Complejidad

Resultaría imposible comprender el papel de los abogados si no se intentara trazar un cuadro de la organización judicial francesa. Mas la "anciana" no es una persona fácil. Su psicoanálisis resulta difícil, al menos tan difícil como el de la Justicia inglesa. Nada podemos contra esta realidad. En las naciones antiguas - y a veces en las más jóvenes -, ciertas instituciones se explican históricamente, pero a la larga no tienen otras razones de existir que su propia existencia. La función creó el órgano, mas el órgano hace vivir la función.

B. Separación de poderes

En su conjunto, la organización judicial francesa remonta al período revolucionario. Los filósofos legisladores de aquel tiempo se hallaban impregnados de la doctrina de Montesquieu: "No hay

libertad – *Espíritu de las Leyes*. XI, 6 – si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Si estuviese unido al poder legislativo, la potestad sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitraria, ya que el juez sería el legislador. Si estuviese unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.” Estas fórmulas son muy hermosas. Tal vez fueron justas, o al menos oportunas, puesto que en el siglo XVIII la intervención de los cuerpos judiciales en la administración activa provocó grandes desórdenes. Pero su aplicación provocó otros desórdenes.

Mediante una serie de deducciones de apariencia lógica, primero se prohibió a los tribunales ordinarios juzgar los actos de la administración. Luego, como ésta no podía juzgarse a sí misma, se crearon jurisdicciones especiales denominadas administrativas. Por este medio se logró separar efectivamente el poder de juzgar del poder ejecutivo. Y también, por inevitable contradicción, a hacer controlar los actos de la administración por un poder judicial. Ciertamente es que tal poder se otorgó a jueces distintos a los ordinarios. Pero los tiempos han cambiado. Si los magistrados ordinarios tuviesen competencia, no sufrirían hoy la tentación de obstaculizar la actividad de los funcionarios y de la administración. Sin embargo, las jurisdicciones administrativas existen, y porque existen se justifica su mantenimiento mediante una competencia técnica particular. De esto la formación y desarrollo de dos jurisprudencias distintas, que teóricamente son paralelas y no obstante se entrecruzan. Hasta una ley muy reciente, las responsabilidades incurridas con motivo de un accidente de automóvil eran apreciadas de manera diferente por tribunales diferentes, según el coche fuese conducido por un empleado del Estado cumpliendo su función o por un empleado de una empresa privada.

C. Tribunales

En su lógica interna, el sistema ha conducido a la institución de dos Tribunales Supremos: el Consejo de Estado, que abarca las jurisdicciones administrativas, y el Tribunal de Casación, que abarca los tribunales judiciales. Un Tribunal de Conflictos, integrado a partes iguales por miembros del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación; se halla, también en orden descendente, los Tribunales de Apelación, los Tribunales de Distrito – llamados también Tribunales de primera instancia – y los jueces de paz. Por debajo del Consejo de Estado están los Tribunales administrativos. Existen, además, numerosas jurisdicciones de excepción, instituidas merced a la aplicación de tales o cuales leyes particulares.

D. Magistrados

Fuera de los jueces de paz, cuya situación y reclutamiento se rigen por reglas especiales, los magistrados de la corporación judicial se dividen en magistrados de asiento, cuya función es juzgar (magistratura sentada), y en magistrados de estrado (magistratura de pie), que tienen por misión (ministerio fiscal) requerir la aplicación de la ley. Estos últimos intervienen sobre todo en materia penal, puesto que se ocupan de la acusación, pero también en materia civil. Tienen además atribuciones administrativas (vigilancia de los oficiales ministeriales, control del estado civil y protección de los incapaces). Todos se hallan a las órdenes del ministro de Justicia, por mediación de una jerarquía a cuya cabeza se encuentra, en cada Tribunal de Apelación, un fiscal general. Teóricamente son amovibles, es decir revocables. Por el contrario, los magistrados de asiento son inamovibles y un Consejo Superior de la Magistratura, independiente del gobierno, vigila celosamente esta inamovilidad. Mas de hecho, en el curso de su carrera, los magistrados pasan a menudo de una categoría o otra, según la suerte del ascenso.

Todos los magistrados aspiran a las plazas más elevadas de la magistratura, incluso las del Tribunal de Casación. Se reclutan, salvo raras excepciones, entre los abogados o pasantes de abogado que hayan realizado al menos dos años de preparación y sufrido con éxito un examen profesional; o, sin examen profesional, entre los abogados o procuradores que hayan ejercido durante diez años como mínimo. Esta forma de reclutamiento no debe producir demasiadas ilusiones. La recíproca penetración de la abogacía y de la magistratura es mucho menos acentuada en Francia que en Inglaterra.

Los magistrados, en su casi totalidad, se presentan al examen profesional hacia los 25 años de edad. Si han concurrido de manera asidua al curso preparatorio, si han escuchado con atención las enseñanzas de un decano de valía, entonces conocerán las tradiciones de la abogacía. Algunos de ellos pudieron distinguirse en los ejercicios del curso; tal vez llegaron a defender en juicio designados de oficio. Pero casi siempre fueron ocupados antes del examen por los magistrados del ministerio fiscal, los cuales se sirvieron de ellos como secretarios. Aislados del mundo exterior, aprenden así a meditar, tal como deseaba Aguesseau (1702), "las nobles y sublimes palabras que la Escritura consagra a la gloria y a la instrucción de los magistrados: Jueces de la Tierra, sois Dioses e hijos del Todopoderoso". Es más tarde, en el curso de su carrera, cuando adquieren la experiencia de los hombres, tan necesaria a los Dioses. Este método de educación les parece en general satisfactorio. Permanecen ligados a los abogados por su formación universitaria, por su breve estancia en el seno de la corporación y sobre todo por una

frecuentación diaria. La abogacía francesa respeta y defiende la magistratura: se siente alcanzada de cuenta cuando se trata de rebajarla y honrada cuando se la ensalza.

Lo que se ha dicho sobre la separación de poderes deja entender que la magistratura administrativa forma un cuerpo especial. Los miembros del Consejo de Estado se reclutan entre los grandes funcionarios del Estado o bien entre los mejores alumnos de la Escuela Nacional de Administración, cuyos concursos de entrada y de salida son en extremo selectivos. El Consejo de Estado no sólo tiene atribuciones contenciosas. Desempeña cerca del gobierno un papel consultivo y frecuentemente sus miembros son trasladados a la Administración activa para ejercer elevadas funciones. Algunos de ellos ostentan un título caduco, más seductor, heredado del Antiguo Régimen: se les denomina "Maîtres des Requêtes" (relatores del Consejo de Estado). Los jueces de los tribunales administrativos proceden asimismo en gran parte de la Escuela Nacional de Administración.

E. Colegialidad y suplencia

El juez de paz estatuye como juez único, así como el presidente del Tribunal de distrito, el presidente del Tribunal de Comercio y el presidente del Tribunal Administrativo en ciertas causas muy urgentes (pedimento de ejecución urgente y provisional). Todas las otras jurisdicciones son colegiales. El sistema de juez único aplicado a las jurisdicciones ordinarias fué experimentado varias veces en Francia, en el curso de los últimos años. En general, no ha recogido la aprobación de abogados y magistrados, tal vez erróneamente, puesto que un juez único puede ser un excelente juez. Pero esto es otra historia.

En el sistema colegial en vigor, se pide a veces a los abogados, en ausencia de un juez, el completar el Tribunal ordinario o el Tribunal de Apelación — incluso el Tribunal administrativo —. Este honor corresponde, en principio, al abogado más antiguo entre los que se hallan presentes. Por otra parte, los abogados son, con frecuencia, llamados a suplir a los jueces de paz y por lo tanto a obrar como jueces únicos.

Las funciones jurisdiccionales son igualmente ejercidas, en Tribunal de Apelación y en ciertos tribunales de urgencia, por jueces que no pertenecen al cuerpo de la magistratura y que no son abogados.

F. Tribunales judiciales — Materias civiles

En el orden judicial, existen en principio dos grados de jurisdicción. Según su importancia y su naturaleza, los asuntos son

deferidos en primera instancia ora a los jueces de paz – que residen en los cantones – ora a los Tribunales de distrito. Estos últimos se ocupan de las apelaciones a las decisiones de los jueces de paz. Los Tribunales de Apelación, cuya competencia se extiende a varios departamentos, juzgan las apelaciones a las decisiones que fueron sometidas directamente en primera instancia a los Tribunales de distrito.

El ministerio de los procuradores no es obligatorio ante los jueces de paz. En cambio es obligatorio, en materia civil, ante los Tribunales de distrito y los Tribunales de Apelación. Los abogados defienden su causa indiferentemente ante las tres jurisdicciones.

Los jueces de paz y los Tribunales de distrito sólo se ocupan, en materia de alquileres, venta de inmuebles, herencias, testamentos, gida. Su actividad esencial se ejerce en los casos de accidentes, cuestiones de estado civil – divorcio, paternidad, filiación –, litigios en materia de alquileres, venta de inmuebles, herencias, testamentos, régimen matrimonial y, más raramente, de sociedad y propiedad industrial – marcas, dibujos y modelos, patentes de invención, etc. –. Estas jurisdicciones ejercen empero una profunda influencia en la formación del Derecho.

Los conflictos entre comerciantes son juzgados, en primera instancia, por los Tribunales de Comercio. Esos mismos conflictos son deferidos en segunda instancia a los Tribunales de Apelación. Los Tribunales de Comercio fueron establecidos en el siglo XVI; están exclusivamente compuestos de comerciantes, elegidos por el conjunto de los del mismo gremio. En París y en otras grandes ciudades, los comerciantes e industriales estiman esta magistratura como un gran honor. Poseyendo a menudo extensos conocimientos jurídicos, al mismo tiempo que una gran práctica de los asuntos, se esfuerzan en juzgar concienzudamente todos cuantos casos les son deferidos. No existe un Tribunal de Comercio en cada distrito. A falta de tal jurisdicción, los asuntos comerciales son deferidos a los tribunales civiles. El derecho cambista, el derecho marítimo, el derecho de sociedades y el derecho de la concurrencia desleal fueron elaborados en Francia casi siempre arrancando de decisiones de los Tribunales de Comercio. No es obligatoria la presencia ante esta jurisdicción de los abogados, ni el ministerio del procurador. Pero, en la práctica, las partes son, casi siempre, defendidas por un abogado. En París y en otras ciudades, los “agrées”¹ desempeñan, con tanta eficacia como distinción, un importante papel.

Los “Conseils de Prud’hommes” (Jurados mixtos), que se ocupan de los conflictos de trabajo, son, al igual que los Tribunales de Comercio, de origen muy antiguo. Los casos que les son sometidos

¹ Hombres de ley admitidos por los Tribunales de Comercio para representar a las partes. (N. del T.)

son cada vez más importantes, puesto que el derecho social se extiende sin cesar. Sus decisiones pueden ser deferidas en apelación a los Tribunales civiles. Cuando en una ciudad determinada no existe un Jurado mixto, lo que es bastante frecuente, entonces los conflictos de trabajo son deferidos al juez de paz.

Los Tribunales de Comercio y los Jurados mixtos son jurisdicciones de excepción, en el sentido de que su competencia está limitada a materias determinadas. Mas son jurisdicciones venerables y experimentadas. Existen otras numerosas jurisdicciones de excepción, mucho más recientes. Estas jurisdicciones son a menudo paritarias, lo cual significa que están integradas por jueces que se consideran representantes de los intereses divergentes de los justiciables. Los arriendos de tierras cuentan con sus jueces. Otros jueces están sobre lo contencioso de Seguros sociales. Se trata de jueces ocasionales. Se piensa en el Tribunal de Maceros descrito por Walter Scott en *Guy Mannering*.²

G. Tribunales judiciales – Materias penales

No es caso establecer aquí una especie de inventario de las jurisdicciones penales. Si dejamos de lado las jurisdicciones de excepción, relativamente poco numerosas y poco activas (Tribunales militares y marítimos, jurisdicciones disciplinarias y políticas), el sistema francés es bastante simple. Se basa en la distinción establecida entre las contravenciones – castigadas con una pequeña multa o varios días de cárcel –, los delitos – castigados con una multa que puede ser elevada y de un encarcelamiento que puede alcanzar a varios años – y los crímenes – castigados con una detención agravada (reclusión o trabajos forzados) que puede ser perpetua o con la pena de muerte –. A cada una de las infracciones así definidas corresponde una jurisdicción diferente. El juez de paz transformado en juez de simple policía, el Tribunal de distrito transformado en Tribunal correccional – son los mismos magistrados, con la particularidad de que en las grandes ciudades son destinados por un tiempo determinado a “Salas” diferentes, de las cuales algunas son “correccionales” –, conocen respectivamente, en primera instancia contravenciones y delitos.

La apelación de las decisiones de simple policía es llevada ante

² “Es preciso que sepan – dijo –, que una de las condiciones requeridas para ser macero u oficial subalterno en nuestro Tribunal Supremo es ser ignorante e iletrado . . . y, a la aproximación de las vacaciones, la costumbre de este tribunal es establecer por un día gentes ignorantes en el Tribunal Supremo y someter a su decisión uno de los asuntos más difíciles, más espinoso . . . Se halla en la práctica un remedio contra la absurdidad de esta teoría. Varios jueces sirven de asesores a sus subalternos y desempeñan el papel de apuntadores. Por lo general son éstos los asuntos mejor juzgados.”

el Tribunal correccional y la de los juicios correccionales ante el Tribunal de Apelación.

Los crímenes son deferidos a la Sala de lo criminal. Esta jurisdicción, que tiene por sede las capitales de los departamentos, celebra sus sesiones cada trimestre y está constituida por magistrados de carrera, en número de tres, y por un jurado compuesto de ciudadanos que gozan de honorabilidad completa. Sus sentencias son fruto de una colaboración de jueces y jurados, tras común deliberación. El presidente de la Sala de lo criminal es siempre un consejero del Tribunal de Apelación. Las decisiones de la Sala de lo criminal no se motivan. Y a menudo resultan desconcertantes. André Maurois ha escrito que, en materia criminal, el sistema inglés había cerrado desde hacía mucho tiempo a la razón el dominio de la justicia. Es probable que los ingleses piensen lo mismo del sistema francés. Estamos, pues, perfectamente de acuerdo.

H. Jueces de instrucción

La instrucción de los asuntos penales se confía a un magistrado elegido entre los miembros del Tribunal de distrito. Su misión es procurar a la jurisdicción correspondiente los elementos necesarios para estatuir. El juez de instrucción es el sólo magistrado que en Francia dispone de un poder inquisitorial. Queremos decir que no se limita a escuchar los argumentos de la acusación y de la defensa. Antes de tomar sus decisiones, busca activamente la verdad. Para hallarla, dispone de grandes medios: la policía está a sus órdenes; puede ordenar registros y la intervención de los expertos; posee el derecho temible, del que usa ampliamente, de encarcelar preventivamente a los justiciables que no puede interrogar más que en presencia de sus respectivos abogados y después de haberles comunicado el expediente; por último, decide, no la culpabilidad de los inculpados, mas sí la presunta consideración de culpables. En caso afirmativo, son deferidos a los tribunales mediante la correspondiente notificación; en la negativa, abandona las diligencias con un auto de sobreseimiento. Teóricamente la instrucción es secreta, pero demasiados ejemplos desagradables muestran que no escapa a las indiscreciones de la prensa. En el personal judicial, el juez de instrucción es una especie de "vedette". Cuando se hace el proceso de la justicia, su papel es casi siempre el del principal acusado. Merece empero, las más de las veces, ser declarado inocente. Su oficio es difícilísimo.

Los autos del juez de instrucción pueden ser deferidos en apelación – pero sólo en ciertos casos – a la Sala de acusación, que es una sección del Tribunal de Apelación, cuyo poder acaba de verse reforzado merced a una ley reciente.

I. Tribunal de Casación

Todos los tribunales judiciales, sin la menor excepción, tanto en materia civil como en materia penal, son controlados por el Tribunal de Casación. Esta alta jurisdicción no estatuye en tercera instancia. Su apreciación no se ejerce sobre los hechos, que son soberanamente comprobados por los jueces de los tribunales inferiores; y sólo por vicio de forma o por error de Derecho puede anular las decisiones que le son deferidas. Se halla por lo tanto el Olimpo, por encima de las contingencias y de las pasiones humanas. Dicta el Derecho. Antes de hacerlo, reflexiona profundamente. Pero cuando lo dicta, al mismo tiempo lo crea. En esta tarea, a menudo precede la ley. Es respetable y respetada. ¿Yerra a veces? Nadie puede decirlo, salvo la doctrina, ella frecuentemente dividida. Un eminente magistrado, al intervenir hace años ante el Tribunal de París en un asunto marítimo, logró descubrir una sutil contradicción en ciertas sentencias del Tribunal Supremo. "Puesto que es la servidumbre del jurista - dijo -, y esto es lo que provoca su inferioridad respecto al marino; puesto que nos es preciso navegar en medio de los principios y nuestro cielo, para guiarnos, nos ofrece a veces varias estrellas polares." El autor de esta frase enigmática forma ahora parte del Tribunal de Casación, a la altura de esas mismas estrellas que, vistas de tan cerca, semejan sin duda los ojos insondables de la Esfinge.

J. Jurisdicción administrativa

Resta a describir las jurisdicciones administrativas. Su papel no deja de aumentar a causa de la multiplicación de las actividades del Estado. El contencioso administrativo engloba hoy día los litigios provocados por la organización y gestión de los servicios públicos, los que conciernen a obras públicas, a los bienes públicos y una gran parte del contencioso fiscal, así como el contencioso electoral, el contencioso de la función pública y más generalmente el contencioso de la legalidad de los actos administrativos. Hasta una fecha reciente, el Consejo de Estado estatúa en primera y última instancia sobre la mayor parte de las cuestiones, de las cuales sólo algunas eran sometidas en primera instancia a los Consejos de Prefectura interdepartamentales. La variedad de funciones del Consejo de Estado ha llevado a extender considerablemente la competencia de esos Consejos de Prefectura, que se han convertido en Tribunales administrativos. Estos ascienden a veinticuatro. Sus decisiones son susceptibles de apelación ante el Consejo de Estado, que no obstante continúa ocupándose de manera directa de ciertos asuntos. Se nos permitirá añadir que el control ejercido por las jurisdicciones administrativas sobre las decisiones de la administración es verdade-

ramente eficaz. Solamente es de lamentar que, además de la complejidad del sistema y los conflictos de competencia que provoca, el justiciable deba por lo general aguardar muchísimo tiempo antes de obtener audiencia.

K. Procedimientos

Ante las jurisdicciones administrativas, el procedimiento es escrito. Es oral ante los Tribunales de Comercio y los Jurados mixtos. Es mixto ante los Tribunales civiles, ante los Tribunales de Apelación y ante las jurisdicciones penales.

En Francia la gran cuestión es saber cuál es el mejor sistema. Es necesario comprender bien que, de todas las maneras, el juez francés es pasivo. El único magistrado que está autorizado a tomar iniciativas es el juez de instrucción. Los otros leen o escuchan. El litigante francés prefiere que el juez escuche, porque nunca sabe si el juez ha leído, mientras sabe bien si ha escuchado. Forzar el juez a escuchar le parece, pues, una garantía de buena justicia.

En la práctica, en materia penal el juez estatuye siempre a base de un expediente, es decir, de escritos reunidos por el Ministerio fiscal o por el juez de instrucción. Pero estatuye también merced a los elementos de información que le procura la audiencia, gracias al debate oral al cual participa. Ante los tribunales civiles y los Tribunales de Apelación, los procuradores comunican las escrituras generalmente redactadas por los abogados. Estas escrituras o conclusiones contienen la exposición de sus respectivos argumentos, a los cuales los jueces están obligados a responder. Ante los Tribunales de Comercio y los Jurados mixtos no existen las escrituras. Pero en todos los casos y ante todas las jurisdicciones — incluso las penales —, cuando el asunto presenta cierta importancia, el abogado entrega al Tribunal un expediente con sus notas de defensa, es decir, de hecho su defensa enteramente escrita, con los documentos de la causa y la copia de las decisiones de jurisprudencia u opiniones doctrinales que ha citado en apoyo de su tesis. Para el abogado francés, la preparación y presentación de ese expediente resultan todo un arte. Es preciso que el juez encuentre sin esfuerzo el documento o la referencia de que tiene necesidad. El expediente, que por lo general es voluminoso, está, pues, ordenado con el mayor cuidado. Después de la audiencia, los jueces lo llevan consigo para leerlo y compulsarlo, o para que uno de ellos lo lea y compulse. Según su temperamento, unos se forman un criterio en la misma audiencia, mientras otros lo hacen a la lectura de los expedientes. Ni que decir tiene que todas las piezas entregadas al Tribunal en un expediente deben ser previamente comunicadas al abogado adverso. Excepcionalmente no existe entrega de expediente ante las

jurisdicciones administrativas, puesto que todas las piezas son presentadas al mismo tiempo que las memorias escritas. Pero los abogados pueden presentar observaciones orales.

Salvo en materia penal, resulta raro que los jueces tomen directamente contacto con los justiciables y sus testigos. A este respecto, el procedimiento francés es muy diferente del inglés. El talento de los abogados ingleses se despliega principalmente, según parece, en los interrogatorios. El de los abogados franceses, en la defensa. En materia civil, los jueces ni tan siquiera ven a los testigos; éstos son oídos, mucho tiempo antes de la audiencia decisiva, por un magistrado instructor que ha recogido las declaraciones y se las ha dictado personalmente al escribano. Este dictado es a menudo una síntesis y en todos los casos una traducción. Así los jueces estatuyen a base de testimonios a la par transpuestos y fríos. Por otra parte, según una antigua sentencia del Parlamento de Toulouse, cuya jurisprudencia fué consagrada por la Ordenanza de Moulins (1566), está admitido en Francia que "los escritos superan a los testigos", lo cual quiere decir que la prueba escrita tiene más valor que la prueba testifical. La regla inversa prevalece en Inglaterra, como antaño en Roma. ¿Cuál es la menos imperfecta de ambas técnicas? La apariencia de una verdad viva arrancada a un testigo inquieto y jadeante, ¿es menos engañosa que la traducción de una verdad estática expresada ante un magistrado indiferente - puesto que él no juzga - por un testigo tranquilo y sereno? ¿El hombre que escribe es más sincero que el que habla? Estas preguntas tal vez no tienen respuesta, cual sucede con todo lo referente a las profundidades de la naturaleza humana.

III. REGLAS Y TRADICIONES DE LA ABOGACIA

A. Historia abreviada

Saint-Yves de Treguier, nacido en 1253, era "oficial", es decir, magistrado eclesiástico. También defendía a los pobres. Por último se metió monje, lo que apenas resultaba más meritorio. Con los rasgos de "Maitre Patelin", una farsa del siglo XV, presenta un abogado de menos escrúpulo, que engaña osadamente a su juez al sugerir un medio de defensa poco recomendable, y que se ve negar, merced a la misma estratagemas, los honorarios reclamados con asperanza. Esta sátira no demuestra nada. En todos los tiempos y en todos los países, la literatura ha sido injusta con los abogados. Si es cierto que la ley expresa las costumbres del mayor número y sólo reprime las disidencias sociales, resulta consolador que ya en 1270 el rey San Luis haya promulgado unos "Establecimientos" inspirados en el Derecho romano, de los cuales un capítulo se

titula "Como se debe el abogado mantener durante la causa". Completado mediante una ordenanza de Felipe el Atrevido, tomada en 1274, este texto prescribe al abogado el atenerse ante todo a la lealtad de los medios; su palabra es considerada como la de su cliente cuando, hablando en su presencia, no es contradicho; nada de injurias, ni de groserías, en las palabras o los gestos; ningún trato con su cliente durante el proceso; por último, el abogado jura tratar todos los asuntos con atención, diligencia y fidelidad, aceptarlos sólo cuando parecen justos y abandonarlos en cuanto se da cuenta que ocultan una injusticia. La ordenanza de 1274 establece incluso los honorarios, sobre la doble base de la importancia del proceso y la habilidad del abogado. Estas reglas son las que todavía dominan el ejercicio de la profesión de abogado en Francia.

Sobre un punto de importancia, y por razones extremadamente respetables, la abogacía inglesa se decidió, mucho más tarde, por otra concepción del deber primordial del abogado. En su excelente artículo sobre "The legal profession and the law, The Bar in England and Wales", publicado en el precedente número de esta misma revista, Mr. William W. Boulton expone que, desde finales del siglo XVIII, el abogado inglés no cree tener derecho a negarse a defender una causa que no estima honestamente justa. Otras divergencias han surgido en los tiempos modernos. Pero el paralelismo, histórico del desarrollo de las tradiciones inglesas y francesas es un hecho notable. No deberá sorprender a nadie. La sociedad feudal de la Europa occidental se hallaba profundamente unificada en sus costumbres. Las relaciones esenciales entre los hombres, el amor, la guerra, la justicia, estaban regidas por los mismos hábitos. Además, Inglaterra fué gobernada, después del siglo XI, por príncipes normandos y angevinos que pronto recibieron en herencia los inmensos dominios de Eleonor de Aquitania, sucesivamente reina de los dos países, madre o abuela de sus reyes. El tronco común de nuestros príncipes, "fuentes de justicia", sin duda contribuyó a formar nuestras comunes tradiciones.

En la misma época, hacia el siglo XIV, se vió surgir, tanto en Francia como en Inglaterra, a hombres de ley encargados de representar a las partes y no de defenderlas en juicio. Se les llamó "attorneys" en Inglaterra y "procureurs" en Francia. Se han convertido en los "solicitors" y "avoués" (procuradores) de nuestra época. Pero mientras en Inglaterra el número de ellos se ha acrecentado hasta resultar más importante que el de los abogados (17.000 contra 2.000, según Mr. William W. Boulton) y su competencia no ha cesado de extenderse hasta el dominio de los asuntos no contenciosos, en Francia fueron en numerosas ocasiones — la primera vez durante el reinado de Carlos V — encerrados en un *numerus clausus*, quedando su intervención limitada en todo momento a los asuntos judiciales pendientes ante tal o cual jurisdic-

ción, a la que estaban agregados. Mas no deja de ser cierto que la existencia de los "attorneys" o "solicitors" y de los "procureurs" o "avoués" ha contribuido a definir el personaje del abogado inglés y del francés mediante un mismo alejamiento de ciertas tareas consideradas, erróneamente o no, como menos nobles que la de la palabra.

Otro rasgo común de nuestras respectivas tradiciones es la formación de una colectividad, fuertemente constituída, de abogados. Menos comunitaria que los "Inns" ingleses, la Orden de abogados es no obstante desde su origen un Colegio. La ordenanza de 1327, firmada por Felipe VI de Valois, establece los deberes de sus miembros. El fallo de reglamento de 1344 establece la jerarquía. En lo alto están los Consultores (*consilarii*), título que se refiere no sólo a los consejos que dan a los defensores, sino asimismo y especialmente al honor que el tribunal les concede al pedirles su parecer y hacerles sentar a su lado. Luego vienen los abogados defensores (*proponentes*), y por último los nuevos, los oyentes (*novi, audientes*), que hoy día llamaríamos pasantes de abogado y cuyos principales deberes son seguir las audiencias y escuchar las enseñanzas de sus antiguos. Estas disposiciones fueron confirmadas o precisadas merced a las ordenanzas y reglamentos que siguieron, de los cuales dos de ellos (agosto de 1424 y mayo de 1425) emanaron de Enrique VI, rey de Inglaterra, instalado por poco tiempo en París por derecho de guerra y de matrimonio.

Pero la disciplina interior de la abogacía no fué obra de los príncipes. Si la reunión de los abogados formaba un cuerpo legal, no constituía empero una corporación. Los abogados sólo estaban unidos entre sí por el ejercicio de un mismo ministerio. Obligados a deberes comunes — la ordenanza de 1327 les prescribe ir al Chatelet desde la salida del sol, tras sólo haber tomado el tiempo necesario para escuchar una misa corta . . . —, jerarquizados o precisados en sus deberes y prerrogativas, fué libremente, al igual que sus colegas ingleses, como organizaron entre ellos las reglas necesarias para mantener el honor y la reputación de su Orden.

Desde 1342, una cofradía, completamente religiosa, se estableció en la Audiencia, en la capilla de San Nicolás. Agrupaba a los abogados y procuradores. El jefe natural de la cofradía era pues un abogado, denominado "bâtonnier" (rector) porque en las procesiones llevaba el "bâton" (asta) del cual pendía el estandarte del santo. En sus comienzos la función era asegurada por el más antiguo de los abogados. Hacia finales del siglo XVI se convirtió en electiva. En el período siguiente, la autoridad moral del rector no cesó de afirmarse. Además, desde el siglo XVIII, un Comité de antiguos ejercía un verdadera poder disciplinario. Es el origen de nuestro actual Consejo de la Orden de abogados.

La revolución de 1789, que ha transformado tantas cosas tanto

en Francia como en Europa, suprimió la Orden de abogados. Pero de hecho los antiguos continuaron ejerciendo su ministerio. Fué un antiguo abogado del Parlamento de Burdeos, Raymond de Seze, el que defendió al rey Luis XVI ante la Convención con peligro de su vida, junto con Tronchet y Malesherbes. Este último fué ejecutado poco después.

Napoleón no amaba los abogados. "Son unos facciosos - decía -, artesanos del crimen y de la traición. Quisiera se pudiese cortar la lengua al abogado que se sirviera de ella contra el gobierno." Sin embargo los restableció en sus funciones mediante un decreto de 1810, cuyo preámbulo justifica esta medida "como uno de los medios más seguros de mantener la probidad, la delicadeza, el desinterés, el deseo de conciliación, el amor por la verdad y la justicia y un celo instruido por los débiles y los oprimidos."

Se siguió, durante más de cien años, diversos reglamentos fragmentarios e imprecios, pero asimismo un considerable esfuerzo de organización interna. De esta manera se fueron imponiendo progresivamente tradiciones sólidas, fundadas sobre la jurisprudencia de los grandes Colegios de abogados, especialmente del de París. Estas tradiciones fueron codificadas mediante diversos textos legislativos o reglamentarios en 1920, 1941 y 1954 (decreto del 10 de abril). Ellas se hallan en perpetua evolución. En el mundo moderno, la abogacía francesa busca su camino, tratando de adaptarse a la vida de los negocios conservando su ideal. No debe sorprender que no lo logre fácilmente: el peso de los siglos nos sostiene y nos oprime a la vez. Tal vez esa opresión de los siglos nos impide vernos tal como somos.

B. Independencia

La regla primera es la independencia. El abogado participa con el juez a la búsqueda de una verdad fugitiva. Debe pues tener el espíritu libre, lo cual excluye toda servidumbre. De esta regla se deduce la prohibición de aceptar una situación de asalariado o incluso una función pública. No obstante, los abogados pueden ser profesores de Derecho, así como diputados y ministros. Pero, en éste último caso, la tradición exige la cesación de sus tareas de abogado. Salvo esas excepciones, la regla de la independencia es absoluta. Es así que un abogado no puede ser gerente o administrador de una sociedad comercial. De hecho, las transgresiones de estas reglas son raras y están severamente sancionadas por el Colegio de abogados.

Sin embargo, una de las consecuencias que antaño se deducían de la noción que se hacía de la independencia del abogado, acaba de ser abandonada por la mayor parte de los Colegios. En la más pura tradición del siglo XIX - tradición que era *menos evidente*

en los siglos precedentes —, el abogado no podía más que consultar y defender. Tenía prohibido “postular”, es decir, representar a sus clientes ante las diversas jurisdicciones, por corresponder este papel a los procuradores. Pero acontece que en Francia el papel de los procuradores se limita a su presencia, al lado del abogado, ante los tribunales civiles y ante los Tribunales de Apelación. Por otra parte, la intervención de los procuradores no es obligatoria en todos los lugares. Son poco numerosos (1.913 contra 5.700 abogados), por lo que los abogados se han visto obligados, poco a poco, no sólo a defender a sus clientes sino asimismo a representarlos ante numerosas jurisdicciones donde los procuradores se hallaban ausentes. Diversos textos legales les han otorgado la facultad, y en ciertos casos impuesto incluso la obligación de cumplir actos de postulación. ¿Van a perder su independencia al obedecer a los imperativos de la práctica y de la ley? Se ha iniciado sobre esta cuestión una controversia que recuerda la querrela entre antiguos y modernos.

El abogado se ha acrecentado en el curso de los siglos — sostenían los antiguos — por no ser el mandatario de la parte. Esta ausencia de mandato es el fundamento mismo de su independencia. Los antiguos procuradores, que redactaban y firmaban las escrituras de los procesos, debían respetar las instrucciones que recibían en calidad de mandatarios. No sucedía lo mismo con los abogados, lo cual ilustra un antiguo proverbio que dice: “La escritura es esclava, pero la palabra es libre.” ¿Por qué se iba a encargar el abogado de una responsabilidad para la cual no estaba preparado? El ejemplo de los “barristers” ingleses era invocado en favor de esta tesis.

Está muy bien — respondían los modernos —, pero en Gran Bretaña existe todavía un “solicitor” cerca de un “barrister”, siendo así que en Francia no siempre hay un procurador al lado de un abogado. Exigir de la parte su asistencia a la audiencia para suplir la ausencia de un procurador es cosa a menudo imposible. Hacer firmar a la parte las escrituras redactadas por el abogado, es una hipocresía. Existen además, incluso en Francia, abogados de gran valor que postulan y defienden a la vez. Son los abogados cerca del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación. Asimismo postulan y defienden los abogados de Alsacia y Lorena, que se rigen por un estatuto especial, heredado del régimen alemán de antes de 1914. ¿Son menos independientes? ¿Y por qué el abogado ha de soslayar las verdaderas responsabilidades que le incumben? La independencia es fruto de la libertad. Y la libertad supone una responsabilidad. No obstante algunas resistencias, esta tesis ha triunfado en casi todas partes.

Ella nos aleja seguramente de nuestros colegas británicos. Fue por un camino inverso que éstos llegaron a prohibirse el rechazar un expediente. Cuando se trata de preservar a la par la libertad de defensa y el respeto del juez, todos los refinamientos están permiti-

dos. El abogado inglés se compara a un conductor de taxi, siempre a disposición de los transeúntes. Pero tal modestia parece excesiva. Se está más bien tentado a pensar en un virtuoso, que puede gozar de la mayor libertad interior cuando ejecuta una sonata de la que no es autor. En Francia, salvo el caso excepcional de una comisión de oficio procedente del rector del Colegio de abogados o del presidente de determinadas jurisdicciones, tenemos derecho a no tomar el cliente a nuestro cargo si su caso nos desagrada, de no tocar la sonata si la música se nos antoja mala. Nuestra libertad se ejerce sobre otro plano. Mas no pretendemos ser mejores. Sin duda ganamos en convicción lo que perdemos en abnegación.

C. Dignidad

La dignidad del abogado es corolario de su independencia. Participando directamente a la justicia, que es obra soberana, él debe respetarse y hacerse respetar. En la antigua Francia, los abogados habían logrado diversos fallos del Parlamento dándoles prioridad sobre los doctores en derecho, procuradores, notarios, médicos y substitutos del fiscal del rey. Pretendían incluso que el ejercicio de su profesión les otorgaba *ipso facto* la nobleza. La autoridad real jamás aceptó esta pretensión. Pero si los abogados no eran necesariamente nobles, su profesión lo era. De esto la prohibición, que siempre fué respetada, de hacer actos de comercio. Por tal motivo, un abogado no puede aceptar una letra de cambio, pues la aceptación constituiría una operación comercial susceptible de ocasionar la bancarrota del firmante en caso de falta de pago.

La dignidad del abogado le impone recibir a sus clientes en su propia casa y no en otra parte. No siempre es fácil hacer respetar esta prescripción, no obstante la vigilancia ejercida por los Consejos de la Orden. Los clientes importantes difícilmente admiten tener que desplazarse para ir a ver un abogado, que a veces es más joven que ellos o cuyo *standing* es inferior al suyo. En el curso de los últimos años, ha sido necesario admitir que un abogado no podía obligar a todo un Consejo de Administración a venir a consultarle a su bufete. Apenas es necesario añadir que el abogado ha estado siempre autorizado a dirigirse a la cabecera de un cliente enfermo y también a entrevistarse en los locales de detención con un cliente encarcelado.

La dignidad del abogado le prohíbe solicitar directa o indirectamente la clientela. Detalladas prescripciones, variables según los Colegios, protegen a este respecto al abogado contra las tentaciones a las que podría sucumbir. Los signos exteriores de la existencia de su bufete en un inmueble y los títulos que puede poner en su papel de correspondencia deben ser discretos, cuando no están absolutamente prohibidos. Pocos problemas se plantean a este particular.

Por el contrario, la tranquilidad de los Consejos de la Orden se ve a menudo turbada por las intervenciones de la prensa. Resulta naturalmente imposible impedir que los periódicos den cuenta de los asuntos judiciales, sobre todo de los grandes procesos criminales. Pero sucede que las informaciones se semejan a un anuncio publicitario en beneficio de tal o cual abogado. La frontera entre la información y la publicidad resulta incierta. Más incierta aún la prueba de la complicidad o complacencia de un abogado en las indiscreciones alborotadoras de los periodistas. Sea lo que fuere, la prohibición de toda publicidad continúa siendo una regla cuyo principio es indiscutible, y que la autoridad disciplinaria se esfuerza honestamente en mantener.

D. Desinterés

La justicia no puede ser objeto de un mercado. Los pactos de *quota litis* están pues estrictamente prohibidos a los abogados franceses. Muy recientemente, los Colegios de Abogados de Francia intervinieron en unos procesos incoados contra los agentes que visitan a las víctimas de accidentes de automóvil para proponerles su concurso contra los autores del accidente, mediante un porcentaje — por lo general muy importante — sobre las sumas que puedan obtener. La ley francesa prohíbe tal práctica, considerada inmoral porque especula sobre el dolor y la justicia. No contentos con hacer perseguir y condenar a los autores de tal especulación, varios Colegios prohibieron a sus miembros colaborar con ellos aceptando la defensa.

Los honorarios de los abogados no tienen una tarifa, salvo en Alsacia y Lorena donde existe un régimen especial. Tradicionalmente son determinados teniendo en cuenta tres elementos: la dificultad del trabajo, la importancia del asunto y la notoriedad del abogado. Un cuarto elemento influye de hecho, pero en el sentido de la disminución de los honorarios: la estrechez del cliente. Incluso por un asunto importante y difícil, un abogado notorio puede pedir unos honorarios reducidos a un cliente pobre. Existe, por otra parte una categoría de clientes que benefician de gratuidad completa merced al sistema de asistencia judicial. A este efecto funcionan en cada tribunal unas oficinas que examinan si el litigante no dispone de recursos, otorgándole en caso afirmativo el derecho precioso de hacerse defender sin que el abogado pueda aceptar ninguna clase de honorarios. Los abogados de Francia han considerado durante mucho tiempo como un honor inapreciable la obligación de participar gratuitamente a la obra de la justicia. Pero las cargas que corresponden a este honor se hacen extremadamente pesadas y dan lugar en la actualidad a algunas quejas. En materia criminal la asistencia judicial es de derecho, en el sentido de que

basta con pedirla para obtenerla. Lo más a menudo son jóvenes abogados, designados de oficio por el rector del Colegio, los que defienden los casos de asistencia judicial. Así pueden adquirir o completar su formación profesional y ascender los primeros peldaños de la notoriedad. Pero en las causas importantes y particularmente difíciles, es frecuente que el rector nombre de oficio, en nombre de la asistencia judicial, a un abogado experimentado y que se halla en primera fila entre sus colegas. En un terrible y penosísimo proceso — el de Oradour-sur-Glane — juzgado por el Tribunal Militar de Burdeos en 1953, dos antiguos rectores del Colegio de Abogados de dicha ciudad fueron designados de oficio por el rector en ejercicio, para participar en la defensa de los inculpados. Los debates duraron un mes, mañana y tarde.

Hasta una reciente ley del 21 de diciembre de 1957, era muy difícil que un abogado francés pudiese reclamar en justicia la suma de sus honorarios, cuando no había pedido u obtenido una provisión suficiente y cuando el cliente no pagaba de buena gana. Sin embargo, la dificultad se presentaba raramente. En la práctica, los honorarios, muy variables, son establecidos directamente entre el cliente y el abogado. Apenas son discutidos cuando el abogado goza de cierta notoriedad. Y cuando la discusión se produce, es generalmente porque el cliente, descontento de su abogado con razón o sin ella, elige a otro abogado para el mismo asunto o para otro diferente. En este caso, el nuevo abogado no puede aceptar el caso más que después de haber comprobado que su colega ha sido pagado. Si no es así y si la suma reclamada es discutida por el cliente, el litigio es sometido al rector del Colegio de abogados. En los Colegios de importancia la autoridad del rector es tal que los propios clientes le piden a menudo que establezca los honorarios que deben a su abogado. Su arbitraje es generalmente respetado.

Tales son las reglas esenciales que gobiernan y sostienen el desinterés, la dignidad e independencia del abogado.

E. Asociación y patronato

Otras reglas ofrecen un aspecto más técnico. No alcanzan en sus raíces la concepción tradicional del papel del abogado. Así acontece, por ejemplo, con la autorización reciente concedida a los abogados de poder asociarse entre ellos, con la reserva de las disposiciones del reglamento interior de cada Colegio. Asociados o no, los abogados deben conservar el mismo ideal y la misma disciplina. Por otra parte, hasta el presente, la asociación ha sido poco practicada, pues el abogado francés es un individualista. Por haber elegido la más independiente de las profesiones, la asociación no le seduce apenas. Pero esto no quiere decir que en los años próximos no se manifieste una corriente en favor de una nueva técnica: la del trabajo en

equipo, mejor adoptada a la economía moderna y problemente menos costosa. Es posible, y deseable según algunos, que los abogados lleguen por ese medio a constituirse un embrión de patrimonio incorporal que favorezca su clientela, que en el estado actual desaparece con ellos. Verdad es que ésta última es a veces transmitida a un hijo, a un yerno o simplemente a un secretario, que por ser también abogados trabajaron en el bufete de un "patrono" del que se convierten más o menos en herederos. Esta institución del "patronato" no está regida por texto alguno, ni por ninguna jurisprudencia. Está enteramente basada en la costumbre. Pero el lugar que ocupa en la abogacía francesa es considerable. En las grandes ciudades, difícilmente se hallan ejemplos de éxito profesional que no estuviesen favorecidos por las enseñanzas y la notoriedad adquirida por un antiguo. Los lazos que se establecen así entre un patrono y su secretario se convierten con frecuencia en lazos afectivos. No existen, en tal grado, en ninguna otra profesión.

F. Ejercicio efectivo de la profesión

Es preciso aún señalar, para terminar de dibujar los rasgos originales de la abogacía francesa, que el abogado en Francia no es solamente un título. Este título corresponde a una función social que debe llenar en las condiciones previstas por los reglamentos y la tradición. Sin esto, pierde el título. Un abogado que ya no tenga domicilio real en la ciudad del Colegio al cual pertenece, se expone a ser borrado de oficio de la lista de miembros del mismo; igual sucede si es notorio que no cumple ya actos profesionales. Esta regla es aplicada empero con liberalidad, teniendo en cuenta las situaciones particulares y los intereses generales de la Orden, sobre todo teniendo en cuenta que en los Colegios de Abogados importantes, sobre todo en el de París, la vigilancia y control de la realidad de una actividad profesional son extremadamente difíciles. Además, los impuestos fiscales que gravan la profesión son tales que pocos abogados se sienten tentados hoy día a continuar inscritos si no tienen la intención de ejercer.

G. Autonomía de los Colegios de Abogados

La inscripción en la lista de miembros del Colegio a que nos hemos referido debe ser considerada en función de la organización general de la profesión. A este respecto es necesario señalar, ante todo, que en Francia los Colegios de abogados son autónomos. El artículo 1° del decreto del 10 de abril de 1954, dispone que "los abogados que ejercen cerca de cada Tribunal de Apelación o cada Tribunal de primera instancia que no residan en la capital de un Tribunal de Apelación, forman una Orden de abogados". Existen

pues numerosas Ordenes, cuya importancia es muy desigual. La Orden de abogados del Tribunal de París cuenta con más de 2.000 miembros. Algunos Colegios de pequeñas ciudades pueden estar compuestos por unos pocos abogados. Una "Asociación Nacional de Abogados" y una "Conferencia de Rectores", que no cuentan con poderes propios, sobre todo desde el punto de vista disciplinario, se esfuerzan en defender en el plano nacional los intereses generales de la profesión. La "Unión de Jóvenes Abogados" (U.J.A.) está destinada a despertar los Consejos de la Orden y los rectores adormecidos por la senilidad.

H. Funcionamiento orgánico

En cada Colegio, el gobierno de la Orden es aristocrático. Como ciudadanos u hombres políticos, los abogados pueden ser demócratas. Pero el estilo veneciano de la constitución de la Orden, paradójico en nuestra época, jamás fué seriamente discutido. En los Colegios de más de veinte miembros, la asamblea general sólo puede deliberar por secciones, denominadas columnas (por referencia a las columnas de la lista). Y las columnas únicamente pueden emitir deseos, que son sometidos al Consejo de la Orden; el resultado es que éste goza de un poder absoluto. Este Consejo es elegido por la asamblea general, que en los Colegios importantes sólo se reúne pues para votar. En los Colegios de poca importancia — menos de seis miembros —, es el Tribunal civil el que oficia de Consejo de la Orden.

De poca o mucha importancia, todos los Colegios cuentan con su rector, elegido en asamblea general, el cual convoca y preside el Consejo de la Orden. Es el agente ejecutivo de sus decisiones. Representa la Orden. Ejerce un poder educativo sobre los pasantes de abogado y una discreta magistratura, pero eficaz, sobre el conjunto de sus colegas. En los Colegios importantes su cargo es pesadísimo. Sus funciones duran por lo general dos años. Un antiguo presidente de la República francesa (Poincaré) consideró como un gran honor ser elegido rector del Colegio de Abogados del Tribunal de Apelación de París, después de haber ejercido la más elevada magistratura del país.

Bajo la presidencia del rector, el Consejo delibera sobre todos los asuntos de la Orden. Sus atribuciones son a la vez administrativas y disciplinarias. En el dominio administrativo, el Consejo maneja los bienes de la Orden y decide la composición de la lista que enumera los abogados por antigüedad, junto con la de los pasantes o abogados en período de prueba. El Colegio ha pretendido en todo momento ser soberano de su relación, pues reivindica el derecho de negarse a inscribir sobre la lista de los pasantes o sobre la de abogados a los que juzgue indeseables. Pero las decisiones del Con-

sejo sobre las admisiones u omisiones pueden ser diferidas a los Tribunales de Apelación. Estos usan su poder de control con cierta discreción.

I. El período de prueba

Los abogados en período de prueba se reclutan entre los licenciados en Derecho que ya han obtenido un certificado de aptitud profesional y han sido admitidos para prestar el juramento de abogado. Esta ceremonia se desarrolla ante la primera Sala del Tribunal de Apelación. Presentado por el rector, el postulante "jura no decir o publicar nada como defensor o consejero contrario a las leyes, a los reglamentos, a las buenas costumbres, a la seguridad del Estado y a la paz pública, y a no apartarse jamás del debido respeto a los tribunales y a las autoridades públicas". El período de prueba ("stage") dura de 3 a 5 años. Durante el mismo, los pasantes están obligados a asistir a las audiencias, lo cual es una obligación vaguísima e imposible de controlar por ser aquellas muy numerosas, y de concurrir a las conferencias organizadas para ellos, obligación ésta que a diferencia de la anterior es verificada bastante estrictamente. En el curso de esas conferencias, los jóvenes abogados defienden causas ficticias bajo la presidencia del rector, el cual les enseña además las tradiciones del Colegio. Estos jóvenes establecen entre ellos una especie de concurso para obtener el título de secretario de la Conferencia, muy envidiado en los Colegios importantes y sobre todo en París, porque de diversas maneras pone de manifiesto a los que lo obtienen. Cuando ya han cumplido ese período de prueba, los jóvenes abogados dejan de estar inscritos sobre la lista de principiantes y son anotados en la principal, lo cual representa que en lo sucesivo son miembros del Colegio de Abogados.

J. Disciplina

El abogado culpable de una infracción de las reglas de la Orden puede ser castigado con diversas penas: advertencia, reprimenda, prohibición temporal de ejercer la profesión y, por último, la exclusión. Cuando esto sucede, antes es traducido ante sus iguales, disponiendo de todos los derechos de un inculcado ante una jurisdicción penal. Se le comunica el expediente y puede hacerse defender por uno de sus colegas. Nada existe más difícil para un abogado que pronunciar una defensa ante el Consejo de la Orden en función de jurisdicción disciplinaria. Nada más penoso que formar entonces parte entre los jueces. Las decisiones disciplinarias de los Consejos son sometidas al control de los Tribunales de Apelación.

K. Título y monopolio

Las atribuciones del Consejo de la Orden de abogados relativas a la composición de la lista de sus miembros y a las sanciones disciplinarias son de gran importancia, por el hecho de que en Francia nadie puede ser abogado si no figura en esa lista. Si ésta corresponde a un Colegio establecido en una ciudad en la que existe un Tribunal de Apelación, los abogados inscritos llevan el título de "Abogados del Tribunal de Apelación de . . ." Si se trata de una ciudad en la que hay un Tribunal, los abogados tienen el título de "Abogados del Colegio de . . ." En ambos casos cuentan con las mismas prerrogativas. A decir verdad, ciertos Colegios de lugares donde existen Tribunales de Apelación (Aix-en-Provence, Douai, Riom) son menos importantes que otros establecidos en ciudades donde no hay Tribunales de Apelación (Niza, Marsella, Lille, Clermont-Ferrand). Los abogados de cualquier Colegio pueden defender ante no importa que jurisdicción, en su propia ciudad o en otra, en la Francia metropolitana y en la Unión Francesa. Gozan del monopolio de la defensa ante la casi totalidad de las jurisdicciones penales, civiles o administrativas. Pueden intervenir en la audiencia con la única justificación de su calidad de abogado.

L. Abogados en los Consejos

Sin embargo, ante el Tribunal de Casación, el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos, sólo pueden intervenir los abogados pertenecientes a una Orden particular. Son los antiguos abogados en los Consejos del Rey, que ahora llevan el título de abogados, del consejo de Estado y del Tribunal de Casación. Estos abogados, todos domiciliados en París, son al mismo tiempo oficiales ministeriales — como los procuradores —, en el sentido de que son nombrados por decreto, que su número está limitado a 60 y que tienen derecho a ceder su oficio a un sucesor que presentan al beneplácito del Presidente de la República. El jefe de Su Orden no ostenta el título de rector, sino el de presidente. El Consejo de esa Orden ejerce funciones administrativas y disciplinarias análogas a las descritas anteriormente. Los abogados de los Consejos, pueden, teóricamente, defender ante todas las jurisdicciones. Pero, de hecho, limitan voluntariamente su actividad, interviniendo, fuera de las altas instancias a las que están especialmente asociados, sólo cerca de los Tribunales administrativos.

M. Profesiones similares

En Francia existen otros cuerpos particulares de auxiliares de la justicia, cuyo carácter común es que su competencia está limitada

a la defensa de los intereses de los justiciables ante las jurisdicciones a las cuales están ligados y que poseen cargos en número limitado que pueden transmitirse a los sucesores presentados por ellos. Son los procuradores los cuales ejercen sus funciones separadamente, es decir, en cuerpos distintos, ante los Tribunales civiles y ante los Tribunales de Apelación, donde representan a las partes sin tener derecho a defender en juicio, y los "agrées - en número de 180 - que ante ciertos Tribunales de comercio postulan y defienden a la vez, en concurso con los abogados.

Los alguaciles son auxiliares menores, encargados de librar las notificaciones jurídicas (con la reserva de numerosísimas excepciones) y también de ejecutar las decisiones de los tribunales en materia civil y comercial. Aseguran la policía de las audiencias. Son oficiales ministeriales y sus cargos son transmisibles.

Menos unidos directamente a la organización judicial, mas ejerciendo importantes funciones y gozando en general de una consideración merecida, los notarios son oficiales ministeriales establecidos para recibir los actos a los cuales las partes deben o quieren dar carácter de autenticidad propio de los actos de la autoridad pública y para asegurar la fecha y conservar el depósito.

Por último, existen en Francia, y especialmente en París, numerosos consejeros jurídicos o agentes de negocios que no son ni abogados ni oficiales ministeriales, pero que indudablemente ejercen una actividad próxima a la de los "solicitors" ingleses, salvo que no tienen directamente acceso a los Tribunales y que su disciplina es incierta. Colectivamente, los abogados se hallan en situación de permanente querrela con ellos; individualmente, a menudo se acomodan a su intervención.

N. Condición del abogado

La exploración de las profundidades del hombre es la noble tarea de la justicia, tarea común a los abogados y a los jueces. Ella conduce a las fronteras de lo desconocido. Pero no somos filósofos, sino que trabajamos en lo concreto. Es por esto que la justicia, nuestra justicia, se halla constantemente por debajo de las exigencias de su ideal. Si trata de ignorar su insuficiencia, si prefiere imaginarse que es perfecta, se hace imperfectible. Si cobardemente se acomoda a su mediocridad, también renuncia a perfeccionarse. La justicia está pues obligada a defenderse tanto de un estéril orgullo como de un degradante escepticismo.

La alternancia de este mismo orgullo y de este mismo escepticismo, es lo que caracteriza el clima de la profesión de abogado. Los elogios que el abogado recibe, el reconocimiento que se le testimonia, la satisfacción por los éxitos que obtiene, todo ello le procuran una especie de gloria cuyo incienso puede enajenarle.

Pero también conoce las críticas, la ingratitud y los fracasos. Entre la exaltación y el desaliento, entre la vanidad y la indiferencia, tiene que encontrar su equilibrio. Generalmente sólo lo logra aceptando que su condición moral sea regida por una inseguridad fundamental. Sin duda es ésta la suerte de todos los hombres, o al menos de aquellos que no buscan tan sólo la comodidad intelectual. Para esos, la inseguridad es a la vez una conquista del espíritu y un don del cielo. Mas los abogados se ven colmados, pues para favorecer su progreso espiritual han recibido la gracia de una inseguridad generosa, que de grado o por fuerza les mantiene en estado de alerta permanente.

La inseguridad comienza pronto. ¿Cómo un joven abogado sabe si posee las cualidades que exige la profesión? “El Marqués de . . . B. . . — decía Víctor Hugo cuando fué Par de Francia — tiene aplomo, sangre fría, seguridad en sí mismo, facilidad de palabra, a veces espíritu, la cualidad imperturbable, en fin, todo lo accesorio de un gran orador. Sólo le falta el talento.” ¡Cuántos jóvenes pasantes de abogado, al examinar sus posibilidades, han confundido lo accesorio con lo principal! Incluso el talento no es todo, al menos si se piensa únicamente en el talento oratorio. Fulano que se manifiesta capaz de presentar brillantemente una causa, sale menos airoso de sus consejos por falta de buen juicio o de ese espíritu inventivo que permite descubrir la verdad oculta en la complejidad de los hechos. Es sólo al cabo de varios años — cinco, diez, a veces quince — cuando un abogado puede saber lo que vale. Y aún así tendrá sorpresas, puesto que la conciencia más escrupulosa no es suficiente. Ni la voluntad de ser siempre leal. Ni el conocimiento profundo de la ciencia del Derecho y de la ciencia del hombre. Ni el ejercicio cotidiano de los reflejos profesionales. Siempre existe en la manera de conducirse un abogado un elemento incontrolable se trata de una disposición del espíritu o del cuerpo que escapa a la más rigurosa disciplina interior, o de un exceso de trabajo, o de una secreta inclinación a la pereza, o de un instante de descuido, o de un retraso o aceleración anormales, o, finalmente, de un incumplimiento del que el abogado es responsable. Entonces pierde su propia estima, al igual que el cirujano, que el atleta, que el caballo de carrera, ya que también para el abogado — y para él más aún — cada acto profesional se presenta como una prueba, puesto que no existe casi nada de mecánico en su arte, porque todo es elección y decisión. Y es la permanencia de las pruebas lo que crea la permanencia de la inseguridad.

Merced a una proyección que parece singular al profano y que por lo tanto es a menudo puesta en duda, la inseguridad del abogado se extiende del dominio moral al material. Conocida es la suerte de Berryer, que fué uno de los mejores abogados franceses de su época y sin duda uno de los más grandes oradores de todos los

tiempos. Los abogados ingleses le hicieron en 1864 una triunfal recepción, presidida por Gladstone. Había defendido las causas de mayor celebridad y fué defensor de los grandes de este mundo. Y como la gente se sorprendiera de que no hubiese hecho fortuna, él contestó: "Sí, pude hacerla, pero hubiese tenido que rebajarme." Su ejemplo no es excepcional. En su conjunto, el Colegio de Abogados francés no es rico. Algunos abogados, poco numerosos, reciben importantes honorarios, pero el fisco se apodera de una gran parte. Y generalmente gastan el resto. La tentación de una vida fastuosa es siempre un corolario de la inseguridad. Sólo los verdaderamente ricos saben vivir con estrechez.

Por otra parte, las situaciones son muy desiguales, sobre todo en los Colegios de Abogados importantes. En París y en las grandes ciudades existe una especie de proletariado compuesto por todos aquellos que no han podido franquear la estrecha puerta de la notoriedad. Resulta difícil acudir en su ayuda. Por ejercer una profesión liberal, no tienen derecho al sistema de protección social que funciona en Francia. También resulta imposible limitar los accesos a la abogacía, imponiendo un *numerus clausus* que sólo consagraría los privilegios de unos cuantos en detrimento de un concurso siempre abierto a los mejor dotados. Algunos estiman que, en este estado actual de las cosas, la inseguridad se aproxima a lo injusto. Es necesario convenir que los mejor dotados no son necesariamente los mejores servidores de la justicia. Pueden citarse abogados que lograron la fama, y por tanto una clientela, por haber sido hábiles en deformar la verdad. La raza de los retóricos es tan antigua como la propia justicia. Mas en esta profesión, dígame lo que se diga, finalmente la honestidad paga, salvo quizás en la audiencia de lo criminal, ante un jurado popular, por razones que los juristas del mundo entero comprenderán fácilmente. En todas partes, dicho sea de paso, un abogado que engaña a su juez una vez, no le engañará tres veces; si engaña a su cliente, no le engañará dos veces.

Mas no deja de ser cierto que el abogado no es infalible. Tampoco lo es el juez. El mismo Derecho resulta incierto. Las verdades humanas son cambiantes. Graciosa justicia, dijo Pascal. Pero Luis de Broglie escribió: "El destino a la par magnífico y doloroso de la investigación científica es el de no terminarse nunca". ¿Por qué se exigirá de la justicia lo que nadie se atreve a exigir a las ciencias llamadas exactas?

PIERRE SIRÉ *

* Abogado del Tribunal de Apelación de Burdeos Ex-rector dela Orden Abogados.

EL PROCEDIMIENTO ANTE LOS TRIBUNALES EN UNION SOVIETICA Y EN EUROPA ORIENTAL

Introducción 293

Estudio de la Legislación: el Procedimiento Civil y el Procedimiento Criminal

- A. Unión Soviética 293
- B. Países Bálticos 296
- C. Repúblicas Populares 299

Procedimiento Penal

- A. Iniciación de las Diligencias Penales
 - 1. Histórico 310
 - 2. Unión Soviética 311
 - 3. Repúblicas Populares 313
- B. Detención 316
- C. Defensa
 - 1. Durante la Instrucción 317
 - 2. Durante el Proceso 320
- D. Confesiones
 - 1. Unión Soviética 324
 - 2. Repúblicas Populares 329
- E. Falsos Testimonios y Procesos Prefabricados 332
- F. La Sospecha Equivale a Culpabilidad 334
- G. Procesos Secretos 335
- H. Procesos sin la Presencia del Inculpado 336

I. Sentencia Condenatoria	
1. Sentencias Ordenadas	337
2. Sentencias "ex post facto"	337

Procedimiento Civil

A. Introducción	339
B. Poderes Generales del Tribunal	
1. Histórico	339
2. Unión Soviética	340
3. Repúblicas Populares	341
C. Poderes Especiales	
1. Unión Soviética	342
2. Repúblicas Populares	343
D. Poderes del Procurador Civil	
1. Unión Soviética	345
2. Repúblicas Populares	345
E. Causas que Escapan a la Competencia de los Tribunales Civiles	
1. Unión Soviética	346
2. Repúblicas Populares	347

EL PROCEDIMIENTO ANTE LOS TRIBUNALES EN UNION SOVIETICA Y EN EUROPA ORIENTAL *

INTRODUCCION

Actualmente, en todos los países de la órbita soviética, la legislación y en cierta medida la jurisprudencia en materia de procedimiento penal y civil imitan las de la Unión Soviética. En algunos de esos Estados, los Códigos de procedimiento penal y de procedimiento civil ahora en vigor, traducen en la lengua del país las reglas de procedimiento soviético. En los demás Estados donde los antiguos Códigos fueron conservados, un cierto número de modificaciones de fondo introdujeron los rasgos característicos del procedimiento soviético, aproximando así los Códigos de esos Estados a los de la Unión Soviética.

Es por tal motivo que los autores del presente estudio se proponen exponer más particularmente el procedimiento judicial de tipo soviético en general. A tal fin, describen con mayor detalle el procedimiento seguido en Unión Soviética, señalando cuantas veces es necesario los elementos que en las Repúblicas-Populares se adaptan o se alejan del modelo soviético. No se trata, repetimos, de un cuadro completo del procedimiento penal y del procedimiento civil soviéticos, sino solamente de trazar los rasgos característicos que los diferencian de las reglas tradicionales aplicadas en las otras partes del mundo. Además, al describir el procedimiento penal, los autores de este estudio se han esforzado en cargar el acento sobre las normas efectivamente seguidas por los tribunales y demás órganos judiciales.

ESTUDIO DE LA LEGISLACION

A. Unión Soviética

Cuando fué instaurado el régimen soviético, el procedimiento civil y el procedimiento penal estaban reglamentados en Rusia por

* Este artículo comprende tres capítulos elegidos de una obra en dos tomos titulada *Gobierno, Derecho y Tribunales en Unión Soviética y en Europa Oriental*, escrita por los doctores Vladimir Csovski y Kazimierz Grzybowski y publicada en inglés por "Stevens and Sons Ltd.", de Londres. Esta obra verá la luz en francés en otoño próximo. Los otros capítulos del primer volumen tratan de la Administración de la Justicia, del Derecho Penal positivo, del Derecho Civil, del Derecho del Trabajo y del Derecho Agrícola. El autor de los capítulos siguientes es el Dr. Ivan Sipkov.

Códigos completamente modernos, promulgados en 1864 y redactados de acuerdo con el modelo del Código francés. Varias veces fueron enmendados, correspondiendo las últimas enmiendas a 1912 y a 1917. Producto de la reforma judicial liberal de 1860, se basaban en la doctrina europea más avanzada de la época y estaban redactados en una lengua clara, con un mínimo de expresiones técnicas. De acuerdo con el procedimiento europeo continental, el jurado juzgaba los procesos criminales más importantes, pero no tomaba parte en el juicio de los procesos civiles.¹

1. *Procedimiento Penal*

Al comienzo del régimen soviético, los tribunales y órganos administrativos dotados de poderes en materia penal no seguían ninguna regla precisa de procedimiento, puesto que por otra parte tales reglas no habían sido promulgadas.²

A partir de 1922, las Repúblicas soviéticas comenzaron en forma individual a elaborar sus propios Códigos de procedimiento penal, los cuales, empero, ofrecían esencialmente las mismas disposiciones que el Código de la RSFSR. En junio de 1922, se adoptó en la RSFSR el primer Código de Procedimiento Penal.³ Sin embargo, fué reemplazado en febrero de 1923 por un nuevo Código,⁴ aún en vigor tras varias enmiendas directas o indirectas. Algunas de las nuevas reglas se hallan incorporadas en el nuevo Código, mientras otras han sido incluídas en textos legislativos separados. El 31 de octubre de 1924, el legislador federal promulgó los principios generales de procedimiento penal.⁵ Sin embargo, raramente hay necesidad de referirse a ellos, puesto que no aportaron ninguna modificación importante.

Entre las modificaciones indirectas y tácitas, es necesario mencionar la refundición completa de la instrucción. Una reciente obra dice a este respecto:

En 1927—28, la instrucción fué transferida de los órganos judiciales al órgano encargado de las diligencias. A partir de entonces, y *sin que los artículos del Código de Procedimiento Penal hayan sido expresamente modificados*, el procurador asume la dirección de la instrucción. El tribunal perdió el derecho que tenía a controlar el proceso

¹ Para más detalles, véase en la citada obra el capítulo titulado "Administration of Justice: Soviet Union" (Administración de la Justicia: Unión Soviética).

² Para informaciones suplementarias sobre este período, que duró hasta 1922, véase *ibidem*, Capítulo I párrafos A y C, así como el Capítulo VIII.

³ Recopilación de leyes de la RSFSR, texto 230. (La abreviatura RSFSR significa República Soviética Federativa Socialista de Rusia, y es la más importante de las quince Repúblicas de la URSS.)

⁴ Recopilación de leyes de la USFSR de 1923, texto 106.

⁵ Recopilación de leyes de la URSS de 1924, texto 206.

de la instrucción control que ejercía al juzgar las quejas formuladas por el inculcado contra las decisiones del procurador⁶. (El subrayado es nuestro.)

En consecuencia, el texto oficial del Código de Procedimiento Penal fué modificado mediante nuevos textos legislativos, decisiones de jurisprudencia y usos bien establecidos. En Unión Soviética, el Ministerio de Justicia de la RSFSR tiene la costumbre de publicar, casi todos los años, una edición de bolsillo del texto oficial, puesta al día hasta una determinada fecha y completada con los nuevos textos legislativos y extractos de decisiones de tribunales. La última edición conocida que puede consultarse, alcanza hasta el 1 de febrero de 1956.

Por lo que a Ucrania se refiere, el Código fué promulgado el 15 de septiembre de 1927;⁷ el de Bielorrusia, en 1923;⁸ y el de Uzbekistán el 29 de junio de 1929.⁹ Estos Códigos se editan de manera harto irregular. El Ministerio de Justicia publicó un índice de los artículos de los Códigos de Procedimiento Penal de las Repúblicas soviéticas.¹⁰ Este índice compara los textos de los Códigos de las Repúblicas siguientes: RSFSR, Ucrania, Bielorrusia, Azerbaidján, Georgia, Uzbekistán y Tadjikistán.

El Código de la RSFSR se halla asimismo en vigor en Kazakhistán, Kirguisistán, Letonia y Estonia, mientras que el Código ucraniano es aplicable en Moldavia.

2. *Procedimiento Civil*

Antes de 1923, no existía ningún decreto de las autoridades soviéticas consagrado especialmente al procedimiento civil. Sólo existían algunas disposiciones, particulares en la materia, en los textos legislativos relativos a la organización de los tribunales y al procedimiento judicial. Los nuevos tribunales recibieron en sus comienzos diversas instrucciones prescribiéndoles la aplicación del Código imperial de Procedimiento Civil de 1864, en la medida en que sus disposiciones no estuviesen en contradicción con los decretos del gobierno soviético, pero, finalmente, se prohibió toda referencia a las leyes antiguas.¹¹

⁶ M. A. Cheltsov: *Sovetskii ugolovnyi protsess* (Procedimiento Penal soviético), 2a edición, 1951, pág. 61.

⁷ Recopilación de leyes ucranianas, 1927, texto 167.

⁸ Recopilación de leyes de Bielorrusia, 1923, texto 41, enmendado en varias ocasiones.

⁹ Recopilación de leyes de Uzbekistán, 1929, textos 95 y 328.

¹⁰ *Sopostavitel'naiia tablitsa statei ugolovni protsessennal'nykh kodeksov sodujnikh respublik*, 1953.

¹¹ Véase VI. Gsovski: *Soviet Civil Law* (Derecho civil soviético). Ann Arbor, Michigan Law School, 2 volúmenes, 1948-49.

Cuando se elaboró en 1923 el primer Código soviético de Procedimiento Civil de la RSFSR, sus autores trataron de introducir en el procedimiento civil algunas de las ideas que podían ser consideradas como las más modernas en la doctrina europea, en vísperas de la primera guerra mundial. No obstante, esas ideas fueron recogidas en forma excesiva. El Código de Procedimiento Civil de la RSFSR fué promulgado el 7 de julio de 1923, y entró en vigor el 1 de septiembre del mismo año.¹² Desde entonces, sufrió diversas enmiendas y sirvió de modelo a los Códigos de Procedimiento Civil de las otras Repúblicas soviéticas.

El Código de la RSFSR se halla asimismo en vigor en las Repúblicas de Kazakhistán, Kirguisistán, Letonia, Estonia y Lituania. El Código ucraniano del 5 de noviembre de 1929 es aplicable en la República de Moldavia. El Código de Bielorrusia fué adoptado el 26 de julio de 1923; el de Georgia, el 11 de abril de 1924 y enmendado el 17 de mayo de 1931; el de Armenia, el 27 de septiembre de 1923; el de Uzbekistán, el 30 de septiembre de 1930; el de Tadjikistán, el 15 de abril de 1929; el de Azerbaidján, el 17 de enero de 1925; y el de Turkmenistán, el 19 de diciembre de 1928.¹³

El Ministerio de Justicia de la URSS publicó igualmente, en 1953, un índice de las disposiciones de los Códigos de Procedimiento Civil de las Repúblicas soviéticas.¹⁴

B. Países Bálticos

Antes del logro de su independencia, en 1918, Estonia, Letonia y Lituania pertenecían al imperio ruso. Las leyes del mismo estaban, pues, en vigor en sus territorios. Después de la proclamación de su independencia, las nuevas Repúblicas reconocieron el principio de la continuidad de las leyes anteriores. En Estonia y Letonia, se decidió que las leyes en vigor en Rusia antes de la revolución bolchevique (noviembre de 1917) continuarían aplicándose, a menos que no resultaran manifiestamente incompatibles con el nuevo orden jurídico o que fuesen enmendadas por leyes posteriores.¹⁵ En Lituania

¹² Recopilación de leyes de la RSFSR, texto 478. La traducción íntegra del texto enmendado puede verse, en lengua inglesa, en la obra de Gsovski *Soviet Civil Law*, tomo 2, no 44.

¹³ A. F. Kleinman: *Sovetskii grajdanskii protsess* (Procedimiento Civil soviético), 1954, pág. 21.

¹⁴ *Sopostavitel'naia tablitsa statei grajdanskovo protsessnal'nykt kodeksov soyuznykh respublik*, 1953.

¹⁵ Primera parte de las Ordenanzas Administrativas Provisionales de Estonia, del 1 de noviembre de 1918, *Riigi Teataja* (R.T. a continuación), 1918, no. 1, así como el Estatuto Provisional de los Tribunales de Letonia y el Procedimiento Judicial del 6 de diciembre de 1918, *Pagaide Valdibas Vestnesis* (V.V. a continuación), 1918, no. 1.

nia, las leyes rusas fueron proseguidas, tal como se hallaban en vigor el 1 de agosto de 1914.¹⁶

Entre las leyes rusas así continuadas por las repúblicas de Estonia, Letonia y Lituania, se encontraban asimismo los Códigos de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal de 1864. Como consecuencia de las diferencias en el estatuto jurídico de las provincias que más tarde se convirtieron en nuevas Repúblicas, los Códigos rusos de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal no entraron en vigor en los territorios de Estonia y Letonia hasta 1889.¹⁷ En el territorio autónomo de Klaipeda (Memel), que Alemania cedió a Lituania, los Códigos alemanes de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal continuaron aplicándose en su texto del 10 de enero de 1920.¹⁸

El Código ruso de Procedimiento Penal fué enmendado en Letonia y Lituania en diversas ocasiones, datando la última edición, en Letonia, de 1926.¹⁹ En Estonia fué reemplazado por un nuevo Código estoniano de Procedimiento Penal que entró en vigor el 1 de febrero de 1935.²⁰ Este nuevo Código moderniza y codifica las leyes existentes.

El Código de Procedimiento Civil de 1864, contenía determinadas disposiciones particulares (Artículos 1799—2097) que sólo se aplicaban en el territorio de las antiguas provincias bálticas (Estonia, Livonia y Karelia), desde que el Derecho Civil positivo de estas provincias estaba regido por el Código Civil báltico (*Bal-*

¹⁶ Artículo 106 de la Constitución Provisional de Lituania, del 2 de noviembre de 1918.

¹⁷ De acuerdo con las disposiciones del Tratado de Paz de 1721, firmado entre Rusia y Suecia, merced al cual las provincias de Estonia y Livonia fueron cedidas a Rusia, dichas provincias conservaban sus leyes propias y guardaban una cierta autonomía local. Este principio se aplicó también a la provincia de Curonia (Letonia meridional), adquirida por Rusia en 1795. En el curso de la intensa rusificación de las provincias bálticas, las leyes locales de procedimiento fueron reemplazadas por las leyes generales rusas, como las del 9 de julio de 1889. El territorio lituano fué dividido en varias provincias, que no disfrutaban de un estatuto autónomo parecido al de las provincias bálticas propiamente dichas, por lo que allí los Códigos rusos de 1864 entraron en vigor desde un principio.

¹⁸ Por lo que se refiere al procedimiento en lo civil, véase diferentes artículos de Lesko-Loewenfeld en *Der Zivilprozess in den europäischen Staaten und ihren Kolonien* (El procedimiento en lo civil en los Estados europeos y sus colonias), Berlín, 1931, págs. 376—454.

¹⁹ Para Lituania, véase V. Friedstein: „Der Einfluss der litauischen Verfassung auf die übernommene russische Gesetzgebung”, *Zeitschrift für Ostrecht*, Berlín, 1932, vol. 6, págs. 567—582; asimismo O. Buehler: „Der Rechtszustand in Litauen”, *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht*, 1925, vol. 34, págs. 232—262.

²⁰ Publicado en *R.T.* de 1934, no 89, columna 720, con el título “Kriminaal kohtupidamise seadustik” y puesto en aplicación por la Ley de Ejecución del 30 de octubre de 1934 (*R.T.* de 1934, no 94, columna 755).

tisches Privatrecht) de 1864, que codificó las antiguas leyes locales, y no por el Código Civil ruso.

En esos tres Estados, el Código de Procedimiento Civil de 1864 continuó en vigor, si bien fué enmendado con frecuencia. En Letonia se adoptó en 1937 un nuevo Código Civil,²¹ que acarreó asimismo importantes modificaciones en el Derecho del procedimiento. Finalmente, en 1938 se promulgó una nueva edición del Código de Procedimiento Civil, que tomó el nombre de "Leyes de Procedimiento Civil".²²

La aplicación de las disposiciones sobre el procedimiento, contenidas en el Código de Procedimiento Civil de 1864, y particulares a las provincias bálticas, fué extendida en 1924 por Estonia²³ y en 1937 por Letonia²⁴ a las regiones orientales de esos países, regiones que antes de lograr la independencia dependían, del punto de vista administrativo, de las provincias rusas en las que se hallaba en vigor el Código Civil ruso.

El proyecto de un nuevo Código estonio de Procedimiento Civil fué completado en 1935,²⁵ pero no debía ser definitivamente votado hasta después de la adopción del nuevo Código Civil, lo cual no pudo ser llevado a cabo a consecuencia de la ocupación soviética de 1940.

Durante esa ocupación soviética, se pusieron en vigor en las Repúblicas bálticas el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal de la RSFSR, ambos de 1923. Las fechas de entrada en vigor de los Códigos soviéticos fueron: el 26 de noviembre de 1940²⁶ en Letonia, el 1 de enero de 1941²⁷ en Estonia y el 31 de enero de 1941²⁸ en Lituania.

Todas las enmiendas sufridas por los Códigos de Procedimiento Civil actualmente en vigor en las Repúblicas Soviéticas de Estonia, Letonia y Lituania, han seguido las modificaciones introducidas en el Código de la RSFSR, las cuales, a su vez, imitan la legislación federal. Es así que las leyes federales del 8 de julio y del 10 de

²¹ Promulgado el 28 de enero de 1937 y puesto en vigor el 1 de enero de 1938.

²² Esta Recopilación contiene las enmiendas adoptadas con anterioridad al 31 de enero de 1938.

²³ Ley del 6 de junio de 1924 (*R.T.* de 1924, no 77—78, columna 38).

²⁴ Ley del 16 de diciembre de 1939 (Recopilación de Leyes y Ordenanzas del gobierno, 1937, n° 202).

²⁵ *Valitsusasutiste tegevus*, 1935—36 (Informe de actividad del gobierno), Tallinn, Riigikantselei, 1936, pág. 36).

²⁶ *Latvijas PSR Augstakas Padomes Prezidija Zinotajs*, 1940, n° 74.

²⁷ *ENSV Teataja*, 1940, n° 73, columna 1007.

²⁸ *Auksiausios Tarybos Zinios*, 1941, n° 1 (3), columna 39. En el territorio de Klaipeda, los Códigos soviéticos entraron en vigor sólo a final de la segunda guerra mundial, ya que ese territorio se encontraba bajo la administración alemana desde el 22 de marzo de 1939.

noviembre de 1944, al igual que una ley del 10 de abril de 1942, aportan ciertas modificaciones al Código de Procedimiento Civil de la RSFSR. Estas modificaciones fueron promulgadas mediante las leyes de la RSFSR del 1 de junio de 1942 y del 16 de abril de 1945. Las leyes correspondientes de la República Soviética de Estonia datan, respectivamente, del 1 de diciembre de 1944 y del 14 de junio de 1945.²⁹ El artículo 21 del Código se vió enmendado merced a una ley de la RSFSR del 6 de mayo de 1955,³⁰ introduciendo en el Código de Estonia soviética las mismas modificaciones en la competencia de los Tribunales Populares. No parece que los Códigos de Procedimiento Penal hayan sido modificados, con excepción de una ley del 19 de abril de 1956 que abrogó ciertas partes de los Códigos de Procedimiento Penal de las Repúblicas de la Unión.³¹ Hasta el presente, no ha sido publicada a este efecto ninguna ley de estas Repúblicas.

El Soviet Supremo de la Unión Soviética adoptó, el 11 de febrero de 1957, una ley que transfiere a las Repúblicas de la Unión la competencia legislativa en materia de Códigos de Procedimiento.³² Las autoridades federales se han reservado únicamente el derecho de establecer los principios fundamentales de la legislación relativa al procedimiento de lo civil y al procedimiento de lo penal. Sin embargo, no parece que esta disposición modifique la práctica legislativa seguida hasta entonces. Ninguna nueva ley fué promulgada en virtud de esta disposición, continuando en vigor en las Repúblicas Soviéticas de Estonia, Letonia y Lituania, tal como fueron enmendados, los Códigos de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal de la RSFSR.

C. Repúblicas populares

ALBANIA

1. *Procedimiento Penal*

Con anterioridad a la proclamación de su independencia (1912), Albania formaba parte del Imperio otomano y el Derecho turco se aplicaba por lo tanto en su territorio. Después de haberse separado de Turquía, Albania continuó aplicando las leyes otomanas. Esta

²⁹ Ratificado por el Soviet Supremo de Estonia, el 13 de julio de 1946 (*Sovetskaia Estoniia*, n° 169 del 20 de julio de 1946).

³⁰ Ratificado por el Soviet Supremo de Estonia el 21 de enero de 1956 (*Rahva Haal*, n° 28 del 2 de febrero de 1956).

³¹ *Vedomosti*, 1956, n° 9, columna 193.

³² *Ibid.*, 1957, n° 4, columna 63. Véase asimismo los artículos de V. N. Sukhodrev en *Sovetskoé Gossudarstvo i Pravo*, 1957, n° 5, págs. 85—93.

situación duró hasta 1926, fecha en que una reforma jurídica reemplazó la casi totalidad de la legislación turco-musulmana aplicada en Albania.

En el dominio del procedimiento de lo penal, el Código turco de 1879 enmendado, que se basaba en el Código francés de Instrucción Criminal, continuó empero siendo aplicado. No sufrió modificaciones importantes durante todo el tiempo que duró la independencia albanesa.

Por lo general, las leyes albanesas, entre ellas el Código de Procedimiento Penal, permanecieron en vigor después de la ocupación del país y su anexión por Italia, en 1939. Se introdujeron los tribunales militares italianos, y numerosos crímenes que hasta entonces dependían de los tribunales de derecho común, fueron transferidos a los tribunales militares, ante los cuales el procedimiento estaba regido por las disposiciones del Código italiano de Procedimiento Penal Militar.

En 1940, las autoridades italianas de ocupación proclamaron en todo el territorio de Albania la ley marcial, la cual permaneció en vigor hasta la capitulación de Italia, en septiembre de 1943. Por lo tanto, la competencia de los tribunales militares se vió extendida aún más. Durante la ocupación alemana que siguió a la capitulación italiana, el sistema jurídico anterior de Albania fué restablecido; mas después del hundimiento de la resistencia alemana, el nuevo gobierno albanés derogó, mediante la ley n° 61 del 17 de mayo de 1945,³³ toda la legislación promulgada por las autoridades de ocupación y restableció las leyes albanesas, que debían ser aplicadas cuantas veces había una laguna en la legislación del régimen popular, así como en cuantos casos dichas leyes no entraran en conflicto con el nuevo orden. Sin embargo, a partir de 1946 el gobierno comunista promulgó un cierto número de leyes particulares referentes a cuestiones de procedimiento.³⁴

En 1953, toda la legislación relativa al procedimiento de lo penal fué reemplazada por el nuevo Código comunista de Procedimiento Penal,³⁵ enteramente basado en el Código soviético de Procedimiento Penal.

Este Código sufrió varias modificaciones poco importantes en lo referente a la competencia de los tribunales, merced a dos decretos promulgados unos meses más tarde.³⁶

³³ *Gazeta Zyrtare*, n° 12, 1945 (G.Z. a continuación).

³⁴ *G.Z.*, n° 102, 1946.

³⁵ Ley n° 1650 promulgando el Código de Procedimiento Penal, *G.Z.*, n° 7, 1953.

³⁶ *G.Z.*, n° 10 y n° 17, 1953.

2. *Procedimiento Civil*

Hasta 1926, la situación en el dominio del procedimiento en lo civil fué prácticamente la misma que en el del procedimiento en lo penal.

Importantes modificaciones en materia de procedimiento en lo civil fueron introducidas entonces mediante la ley de 1927,³⁷ modificada por la "Ley enmendando los artículos 29 y 30 del *Shojca te Procedures Civile*"³⁸ relativa a la revisión de los procesos civiles por el Tribunal de Casación, así como por la ley del 1 de abril de 1929,³⁹ que reforma todo el procedimiento de lo civil y pone sus disposiciones de acuerdo con el nuevo Derecho positivo de Albania (Código Civil de 1929 y otros textos).

Diversas enmiendas ulteriores, adoptadas en 1931⁴⁰ y en 1937,⁴¹ aceleran los juicios en materia de propiedad, introduciendo varias modificaciones en la ejecución de las sentencias, cambian ciertas formalidades en el procedimiento de apelación y mejoran la ejecución provisional de las sentencias dictadas por los jueces de paz.

En 1946, el ministro de Justicia de la República Popular de Albania promulgó la primera Ordenanza n° 2579 relativa a "Ciertas reglas de procedimiento en materia civil y penal".⁴² Mientras una nueva legislación fué promulgada más tarde referente al procedimiento en lo penal, dichas reglas parecen hallarse aún en vigor en el dominio del procedimiento en lo civil.

En la hora actual, el procedimiento en materia civil está regido por la ordenanza de 1946 y por el decreto n° 1671 referente a "Ciertas disposiciones de procedimiento en materia civil y penal", promulgada en 1953⁴³ sobre el sistema de leyes de procedimiento soviéticas.

BULGARIA

1. *Procedimiento Penal*

Antes de la liberación de Bulgaria a consecuencia de la guerra ruso-turca de 1877-1878, el Alto Comisario ruso del Estado búlgaro nuevamente creado dictó diversas reglas provisionales de procedimiento para los tribunales.⁴⁴ Estas reglas fueron progresivamente

³⁷ *Shtojca e pare e Procedures Civile.*

³⁸ *Fletorja Zyrtare*, n° 48., 1927 (*F.Z.* a continuación).

³⁹ *Shtojca e Dijte e Procedures Civile.*

⁴⁰ *F.Z.*, n° 72, 1931.

⁴¹ *F.Z.*, n° 63, 1937.

⁴² *G.Z.*, n° 102, 1946.

⁴³ *G.Z.*, n° 10, 1953.

⁴⁴ Publicado el 24 de agosto de 1878.

reemplazadas por leyes adoptadas con toda regularidad. El Código de Procedimiento Penal fué promulgado el 7 de abril de 1897⁴⁵ y entró en vigor el 1 de julio del mismo año. Este Código era una traducción exacta del Código imperial ruso de Procedimiento Penal de 1864, el cual había sufrido a su vez la influencia del Código francés.

Si bien el antiguo Código no fué derogado inmediatamente después de la invasión soviética en septiembre de 1944 y después del establecimiento del nuevo gobierno, sus disposiciones y principios fundamentales cayeron poco a poco en desuso. Al comienzo se promulgaron diversas reglas de procedimiento especiales para ciertas categorías de delitos, por ejemplo mediante la ley de 1944 sobre los Tribunales Populares.⁴⁶ Según un autor contemporáneo, esa ley "libera a los Tribunales Populares de todas las formalidades del procedimiento heredado".⁴⁷

Luego, se adoptaron un determinado número de enmiendas que modificaron los principios fundamentales del antiguo Código, como, por ejemplo, la ley de 1947⁴⁸ suprimiendo los Tribunales de Apelación, así como la ley de 1948⁴⁹ enmendando las reglas de procedimiento en lo penal.

Hasta 1952 no se promulgó por el nuevo gobierno el nuevo Código de Procedimiento Penal,⁵⁰ elaborado tomando como modelo el Código de la Unión Soviética, derogando completamente el Código de 1879. Durante los años siguientes, este nuevo Código sufrió un cierto número de modificaciones, datando las más importantes de 1956.⁵¹

2. *Procedimiento Civil*

Por lo que se refiere a los asuntos civiles, las reglas de procedimiento destinadas a los tribunales, dictadas por el Alto Comisario ruso, fueron reemplazadas por el primer Código búlgaro de Procedimiento Civil de 1892,⁵² elaborado a base del Código imperial ruso de Procedimiento Civil de 1864. Este primer Código de 1892 fué modificado en 1907 y en 1922. En 1930, fué reemplazado por un

⁴⁵ *D.V.*, n° 77, 7 de abril de 1897.

⁴⁶ *D.V.*, n° 219, 6 de octubre de 1944.

⁴⁷ Stefan Pavlov: *Nakazatelen protsess i sudojstoistvo* (El procedimiento en lo penal y la organización de los tribunales), Sofía, 1950, pág. XIV.

⁴⁸ *D.V.*, n° 289, 11 de diciembre de 1947.

⁴⁹ *D.V.*, n° 234, 6 de octubre de 1948.

⁵⁰ *IPNS*, n° 11, 5 de febrero de 1952.

⁵¹ Enmiendas: *IPNS*, n° 89, 6 de noviembre de 1953; *IPNS*, n° 90, 9 de noviembre de 1953.

⁵² *D.V.*, n° 31, 8 de febrero de 1892.

nuevo Código de Procedimiento Civil,⁵³ intensamente inspirado en los Códigos austríaco y alemán. Este Código permaneció en vigor hasta 1952, pero fué enmendado en diversas ocasiones⁵⁴ por el nuevo gobierno, el cual introdujo poco a poco en el procedimiento búlgaro las reglas e instituciones soviéticas. En 1952 se promulgó el nuevo Código de Procedimiento Civil,⁵⁵ el cual abrogó completamente el Código de 1930 y adoptó la concepción soviética de procedimiento en lo civil.

CHECOESLOVAQUIA

Después del establecimiento de la nueva Checoslovaquia el 28 de octubre de 1918, las reglas austríacas de procedimiento continuaron siendo aplicadas en las provincias checas (Bohemia, Moravia y Silesia) y las húngaras en Eslovaquia. Estas reglas fueron uniformemente enmendadas por la legislación checoslovaca. En 1950 se promulgaron los nuevos Códigos de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, valederos en todo el país.

1. *Procedimiento Penal*

La nueva codificación de 1950 reemplazó los textos siguientes: el Código de Procedimiento Penal para los tribunales, la ley n° 119 de 1873 en las provincias checas y el Código de Procedimiento Penal para los tribunales, ley n° XXXIII de 1896 en Eslovaquia.

Actualmente, el procedimiento en lo penal está regido por los Códigos siguientes, los mismos para todo el país: el Código de Procedimiento Penal de 1950⁵⁶ para los tribunales, modificado y enmendado por la ley n° 67 de 1952; en 1956, este Código fué abrogado, con excepción de un número reducido de disposiciones de menor importancia, y reemplazado por el Código de Procedimiento Penal para los tribunales de 1956,⁵⁷ el cual entró en vigor el 1 de enero de 1957. El Código de Procedimiento Penal para la Administración de 1950,⁵⁸ modificado y enmendado mediante la ley n° 102 de 1953, continúa en vigor.

2. *Procedimiento Civil*

Las antiguas leyes siguientes fueron reemplazadas por la codificación de 1950: en las provincias checas, la ley sobre la compe-

⁵³ D.V., n° 246, 1 de febrero de 1930.

⁵⁴ D.V., n° 9, 14 de enero de 1948; D.V., n° 133, 9 de junio de 1948; D.V., n° 228, 29 de septiembre de 1948.

⁵⁵ IPNS, n° 12, 8 de febrero de 1952, tal como fué enmendado.

⁵⁶ Ley n° 87, Recopilación de 1950.

⁵⁷ Ley n° 64, Recopilación de 1956.

⁵⁸ Ley n° 89, Recopilación de 1950.

tencia de los tribunales, ley n° III (Leyes imperiales de 1895) y el Código de Procedimiento Civil para los Tribunales, ley n° 113 (Leyes de 1895); en Eslovaquia, el reemplazado fué el Código de Procedimiento Civil, ley n° I de 1911.

El procedimiento en lo civil se rige ahora por el Código de Procedimiento Civil para los Tribunales de 1950,⁵⁹ que continúa aún en vigor. Fué no obstante enmendado por las leyes n° 68 de 1952,⁶⁰ n° 52 de 1954⁶¹ y n° 66 de 1956.⁶²

HUNGRÍA

1. *Procedimiento Penal*

El Código de Procedimiento Penal húngaro fué promulgado en 1896⁶³ y entró en vigor el 1 de enero de 1900. Se adoptaron diversas enmiendas en 1914, 1921, 1928 y 1930, pero la estructura general del procedimiento en lo penal permaneció sin cambiar, pues sólo se procedió a la simplificación y revisión, e incluso la derogación de las disposiciones caídas en desuso. Después de la primera guerra mundial, este Código continuó en vigor en las provincias antiguamente húngaras de Checoslovaquia, Rumania y Yugoslavia. En éste último país, fué reemplazado por el nuevo Código de 1929; en los otros dos países solamente fué reemplazado después de la segunda guerra mundial.

En 1945, el nuevo régimen promulgó la ley sobre los Tribunales Populares,⁶⁴ con competencia para juzgar los crímenes de guerra y los crímenes contra el pueblo. Esta competencia se vió más tarde extendida aún más y la validez de varias reglas de procedimiento en lo penal fué suspendida o bien esas reglas se vieron abrogadas.

Después de la toma del poder por los comunistas, la Asamblea Legislativa, dominada por éstos últimos, adoptó en 1951 la ley decretando el texto del nuevo Código de Procedimiento Penal que se halla en vigor desde el 1 de enero de 1952.⁶⁵ En 1954, la misma

⁵⁹ Ley n° 142, Recopilación de 1950.

⁶⁰ Ley n° 68, Recopilación de 1952, modificando y enmendando el Código de Procedimiento Civil para los Tribunales de 1950; véase igualmente las Proclamaciones n° 2, Recopilación de 1953.

⁶¹ Ley n° 52, Recopilación de 1954, extendiendo la competencia de las notarías de Estado.

⁶² Ley n° 66, Recopilación de 1956, modificando y enmendando la Ley sobre la organización de los tribunales (n° 66, Recopilación de 1952).

⁶³ Ley n° XXXIII de 1896, *Bunvadi perrendtartas* (Código de Procedimiento Penal), *Orszagos Torvenytar*, 22 de diciembre de 1896.

⁶⁴ Ley n° VII de 1945, *Nepbirosagi törvény* (Ley relativa a los Tribunales Populares), publicada en *Orszagos Torvenytar*, 16 de septiembre de 1945.

⁶⁵ Ley n° III de 1951, *Bunvadi perrendtartas* (Código de Procedimiento Penal), *Magyar Közlöny*, 22 de mayo de 1951.

Asamblea enmendó el Código de forma tan importante que el gobierno publicó el Código y la enmienda al mismo tiempo y en el mismo texto.⁶⁶ Un gran número de instituciones soviéticas fueron incorporadas merced a este enmienda al nuevo Código.

2. *Procedimiento Civil*

El Código de Procedimiento Civil húngaro anterior a la primera guerra mundial fué promulgado en 1911⁶⁷ y entró en vigor en 1914, al mismo tiempo que la ley adoptada en 1912 para su aplicación. Sus disposiciones permanecieron en vigor hasta finales de 1952, si bien en 1925, 1930 y 1948 se adoptaron varias enmiendas con el objeto de revisar y simplificar las disposiciones inoportunas y las caídas en desuso. Sin embargo, esas modificaciones no afectaron el conjunto del Código.

Después de la toma del poder por los comunistas, la Asamblea Legislativa, dominada por éstos últimos, adoptó en 1952⁶⁸ el nuevo Código de Procedimiento Civil, el cual fué enmendado en 1954. Esta enmienda resultó tan importante que el gobierno estimó necesario publicar en un mismo texto el Código y la enmienda.⁶⁹ El gobierno recogió en el nuevo Código varias disposiciones e instituciones características del procedimiento soviético, incorporadas de este modo en el procedimiento húngaro.

POLONIA

Tras la constitución en 1918 de la moderna Polonia, las cuestiones de procedimiento en lo penal y de procedimiento en lo civil continuaron siendo regidas por las disposiciones austríacas, alemanas y rusas. En el Código de Procedimiento Penal del 19 de marzo de 1928⁷⁰ y en el Código de Procedimiento Civil del 29 de noviembre de 1930⁷¹ se promulgaron las reglas de procedimiento en lo civil

⁶⁶ Ley n° V de 1954, *A bünyvadi perrendtartazrool szolo 1951, évi III törvén módosítarasol* (Enmienda a la Ley n° III de 1951 refiriéndose al texto del Código de Procedimiento Penal), *Magyar Közlöny*, siendo publicada la enmienda por separado, seguida del texto íntegro del Código enmendado, 29 de junio de 1954 (*Pp* a continuación).

⁶⁷ Ley n° I de 1911, *Polgari perrendtartas* (Código de Procedimiento Civil), *Országos Törvénytar*, 15 de enero de 1911.

⁶⁸ Ley n° III de 1952, *Polgari perrendtartas* (Código de Procedimiento Civil), publicada en *Magyar Közlöny*, 6 de junio de 1952.

⁶⁹ Ley n° VI de 1954, *A polgari perrendtartasrol szolo 1952 évi III törvény módosítarasol* (Enmienda a la Ley n° III de 1952 refiriéndose al texto del Código de Procedimiento Civil), *Magyar Közlöny*, 29 de junio de 1954 (*Pp* a continuación).

⁷⁰ *Dziennik Ustaw*, n° 83, Ley n° 725 (*Dz.U.* a continuación).

⁷¹ *Dz.U.*, n° 83, Ley n° 651.

y de procedimiento en lo penal que habían de ser uniformes para el conjunto del país.

Hasta el presente, se promulgaron nuevos Códigos de Procedimiento en la Polonia de la post-guerra. Sin embargo, el Código de Procedimiento Penal sufrió sensibles modificaciones en 1948, siendo más tarde enmendado de nuevo en varias ocasiones, de acuerdo con la política en continuo cambio del gobierno.⁷² La última enmienda data del 21 de diciembre de 1955.⁷³ El Código de Procedimiento Civil fué enmendado de manera sensible el 20 de julio de 1950.⁷⁴

RUMANIA

1. *Procedimiento Penal*

El primer Código de Procedimiento Penal rumano fué promulgado el 2 de diciembre de 1864.

Después de 1918, cuando Rumania logró doblar con creces su territorio, cuatro tipos principales de legislación sobre el procedimiento en lo penal fueron aplicados en las diferentes provincias: a) El Código de Procedimiento Penal rumano del 2 de diciembre de 1864 sobre el territorio del antiguo reino de Rumania; b) La ley húngara n° XXXIII de 1886 sobre el Procedimiento Penal en Transilvania, Banato, Crisina y Manamuras; c) La ley sobre el Procedimiento Penal del 30 de junio de 1873 en Bucovina; d) El Código imperial ruso de Procedimiento Penal del 20 de noviembre de 1864 en Besarabia, pero este Código fué reemplazado el 2 de mayo de 1919 por el Código de Procedimiento Penal rumano del 2 de diciembre de 1864. Estos textos – enmendados – permanecieron en vigor en las provincias respectivas hasta finales de 1936, fecha en la cual fueron reemplazados por un texto único valedero para todo el país.

El “Código de Procedimiento Penal Carol II” de 1936,⁷⁵ que es la conclusión de quince años de estudios y revisiones, continúa todavía en vigor en la República Popular de Rumania establecida el 30 de diciembre de 1947. Este Código fué enmendado y publicado de nuevo en 1948 con la denominación de “Código de Procedimiento Penal de la República Popular de Rumania”. Importantes modificaciones ulteriores, introducidas mediante la abrogación de textos, enmiendas y leyes especiales, fueron adoptadas con el objeto de que el Código se adaptase a la política del nuevo régimen: Procedimiento

⁷² Dz.U., n° 32, Ley n°238; Dz.U., n° 38, Ley n° 348; texto uniforme en Dz.U., n° 40, 1950, Ley n° 364.

⁷³ Dz.U., n° 46, Ley n° 49.

⁷⁴ Dz.U., n° 38, Ley n° 349, texto uniforme en Dz.U. Ley n° 394.

⁷⁵ *Monitorul Oficial*, n° 66, 1a parte, 18 de marzo de 1936.

Penal: a) Decreto-ley n° 132 del 19 de junio de 1952; b) Ley n° 3 del 4 de abril de 1949; c) Decreto-ley n° 132 del 2 de abril de 1949; d) Ley n° 79 del 19 de junio de 1949; e) Ley n° 5 del 19 de junio de 1952; f) Ley n° 2 del 6 de abril de 1956.

2. *Procedimiento Civil*

El antiguo reino de Rumanía promulgó su primer Código de Procedimiento Civil en 1865. Este Código fué enmendado y rehecho en 1900. Después de la primera guerra mundial, el antiguo reino se extendió merced a la anexión de varias provincias rumanas que durante diversos períodos más o menos largos habían estado bajo la dominación extranjera. Los textos que regían la organización judicial y el procedimiento de lo civil en las provincias liberadas, fueron los siguientes: en Transilvania, el Código de Procedimiento Civil húngaro, que entró en vigor el 15 de enero de 1915; en Bucovina, el Código de Procedimiento Civil austríaco del 14 de julio de 1895; en Besarabia, el Código de Procedimiento Civil ruso. Mas, desde que el país se unificó, el gobierno rumano inició la realización de un programa de unificación del Derecho. Mientras se hallaba en estudio un nuevo Código de Procedimiento Civil, varios textos de ley realizaron progresivamente una unidad parcial. Así, la ley sobre la organización judicial de 1924 y sus enmiendas ulteriores, la ley organizando el Tribunal de Casación de 1925 y la ley sobre la aceleración de la instrucción (1925 y 1929), entre otras, ayudaron la realización de ese objetivo. El nuevo Código de Procedimiento Civil fué aprobado en 1939 por el Rey Carol II, cuyo nombre lleva, pero la segunda guerra mundial tuvo como consecuencia la suspensión *sine die* de dicho Código. Cuando se proclamó en 1949 la República Popular de Rumanía, se hallaba en vigor el Código de Procedimiento Civil de 1900. El de 1948, fuera de un reducido número de modificaciones, constituye una nueva edición del antiguo Código. Fué sólo más tarde cuando las enmiendas y las nuevas reglas establecieron ciertas reglas que se apartan de forma importante de las normas tradicionales del procedimiento.

YUGOESLAVIA

1. *Procedimiento Penal*

Yugoeslavia (Reino de Servia, Croacia y Eslavonia) fué creada después de la primera guerra mundial, el 1 de diciembre de 1918. Hasta el momento de la adopción de una nueva legislación valedera para todo el país, continuaron siendo aplicadas las leyes que se hallaban en vigor en las diferentes regiones. Así resultó que, en sus comienzos, Yugoslavia contaba con seis Códigos de Procedimiento Penal, o sea: el servio del 12 de abril de 1865, el croata del 17 de

mayo de 1875, el austríaco – para Bosnia y Herzegovina – del 30 de enero de 1891, el Código general austríaco – para Dalmacia y Eslavonia – del 27 de mayo de 1893, el húngaro de 1896 – para Voivodia – y el montenegrino del 30 de enero de 1910.

El Código Unificado de Procedimiento Penal fué promulgado el 16 de febrero de 1929, con validez para el conjunto del país.

Este Código de 1929 permaneció en vigor hasta la implantación del régimen actual. Fué oficialmente abrogado por la ley del 23 de octubre de 1946.⁷⁶ Algunas de las reglas de procedimiento fueron incorporadas en la Ley sobre organización de los Tribunales Populares n° 349, de 1946, y el nuevo Código de Procedimiento Penal fué promulgado con entrada en vigor el 6 de diciembre de 1948. Asimismo entraron en vigor, al mismo tiempo, las disposiciones de la ley de 1946 y el Código de 1948. Este último se vió reemplazado por el nuevo Código, promulgado el 30 de septiembre de 1953. Es de señalar que, si bien Yugoslavia está ahora organizada en forma de una federación de seis Repúblicas, los dos Códigos fueron adoptados por el gobierno federal con validez para el conjunto del territorio yugoeslavo.

2. *Procedimiento Civil*

Cuando el 1 de diciembre de 1918 nació el Estado yugoeslavo, se hallaban en vigor, en el dominio del procedimiento de lo civil los siguientes textos legislativos: a) Código de Procedimiento Civil del 20 de febrero de 1865 (valedero para las jurisdicciones de los Tribunales de Apelación de Belgrado y Skoplje); b) Código de Procedimiento Civil del 1 de noviembre de 1905 (valedero para la jurisdicción del Tribunal Supremo de Podgorica); c) Código de Procedimiento Civil del 14 de abril de 1883 (valedero para la jurisdicción del Tribunal Supremo de Sarajevo); d) Código húngaro de Procedimiento Civil de 1911 (valedero para la jurisdicción del Tribunal de Apelación de Novi Sad); e) Código provisional de Procedimiento Civil del 16 de septiembre de 1852 (valedero para la jurisdicción del Tribunal Supremo de Zagreb); f) Código de Procedimiento Civil del 1 de agosto de 1895 (valedero para la jurisdicción de los Tribunales Supremos de Ljubljana y Split).

Estos textos permanecieron en vigor hasta el 13 de julio de 1929, fecha en la que se promulgó el Código de Procedimiento Civil.

⁷⁶ *Sluzbeni List*, n° 86, columna 695, ley abrogando las disposiciones legislativas adoptadas antes del 6 de abril de 1941 y las adoptadas durante la ocupación enemiga.

⁷⁷ *Sluzbeni List*, n° 40, 1953.

⁷⁸ *Sluzbeni Novine Kraljevine Srba, Terrata Hrvata i Slovenaca*, Br. 179, 1929.

Después de la segunda guerra mundial, el nuevo gobierno publicó el decreto del 3 de febrero de 1945 abrogando todas las disposiciones contrarias a las leyes promulgadas por el mismo con anterioridad a dicha fecha. De hecho, el Código de Procedimiento Civil de 1929 se vió muy poco afectado por ese decreto. El decreto mencionado anteriormente fué enmendado mediante el decreto del 23 de octubre de 1946, el cual declaró que las leyes promulgadas con anterioridad al 6 de abril de 1941 ya no tenían valor jurídico. Este mismo decreto precisó, empero, que los principios de derecho contenidos en los textos legislativos abrogados podían continuar siendo aplicados a condición de que no existiesen otras leyes en la materia y que esos principios no entrasen en conflicto con las disposiciones de la Constitución de 1946. De esta manera, la mayor parte de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil de 1929 continuaron aplicándose, a pesar de que las decisiones de los Tribunales no podían referirse a ellas.

Poco tiempo antes de la adopción del Código de Procedimiento Civil, se promulgó una ley especial el 25 de abril de 1955, con el objeto de acelerar el procedimiento en lo civil ante los tribunales de derecho común.⁷⁹

Esta situación duró hasta el día — el 8 de diciembre de 1956 — en que se promulgó el nuevo Código de Procedimiento Civil, verdadero para el conjunto del país. Este Código entró en vigor el 23 de abril de 1957.⁸⁰

PROCEDIMIENTO PENAL

Características del Procedimiento Penal de Tipo Soviético

Existen dos categorías de procedimiento en lo penal en los países estudiados en este artículo: una queda definida por los Códigos de Procedimiento Penal oficialmente promulgados, mientras la otra es aplicada efectivamente por los tribunales y los órganos administrativos que intervienen en las diferentes fases de las diligencias penales. La existencia de un procedimiento *de facto* no puede ser probada más que en escasa medida si se toman como referencia los Códigos oficiales de Procedimiento Penal, pero los numerosos discursos pronunciados por importantes personalidades, así como los artículos y otros documentos publicados en el período poststalínista, nos proporcionan auténticas pruebas. El discurso pronunciado por Kruschef en el curso de la sesión secreta del Comité Central del Partido

⁷⁹ *Sluzbeni List FNRJ, Br. 19, 1955.*

⁸⁰ *Sluzbeni List FNRJ, Br. 4, 1957.*

Comunista de la Unión Soviética, el 25 de febrero de 1956.⁸¹ es indudablemente el documento más importante, en el que el líder soviético revela la existencia de reglas no escritas del procedimiento *de facto* tal como es aplicado desde hace mucho tiempo en Unión Soviética.

El verdadero procedimiento en lo penal no siempre se halla expuesto en los Códigos oficiales; a veces entra incluso en conflicto con las disposiciones de éstos últimos, pero constituye el Derecho que en realidad se aplica.

En el presente capítulo, los autores se esforzarán en exponer los principios de procedimiento en lo penal tal como son aplicados efectivamente.

A. Iniciación de las Diligencias Penales

1. *Histórico*

En todos los países de la órbita soviética, antes de su soviétización, se aplicaba un procedimiento de tipo francés. Los asuntos importantes eran objeto de una instrucción judicial, lo cual suponía una garantía para el inocente o para toda persona que no podía ser perseguida a causa del carácter legal u oficial de su acto. Se trataba de impedir que una persona, presunta inocente o no sujeta a juicio, se viese traducida ante el tribunal. Los asuntos en los que resultaba obligatoria una instrucción judicial, tal como queda descrita anteriormente, no estaban definidos de manera uniforme por las diferentes legislaciones. Para algunas de ellas, la instrucción era obligatoria cuando se trataba de casos que suponían una elevada pena de prisión. Para otras, era obligatoria cuantas veces el acusado se veía amenazado de pérdida de sus derechos cívicos. Las conclusiones de esta instrucción judicial podían ser utilizadas más tarde en el proceso como medios de prueba. Era llevada a cabo por un juez, independiente del procurador. Los elementos de cargo debían de ser reunidos con la misma imparcialidad que los elementos de descargo. La instrucción se desarrollaba bajo el control del tribunal, al cual podía dirigirse siempre la parte que se consideraba perjudicada. Esta regla era seguida igualmente en materia de detención preventiva de un sospechoso. Algunos países, como por ejemplo *Yugoeslavia*, admitían la intervención de un abogado en esta fase del procedimiento. Por otra parte, jamás el juez redacta el acta de acusación, por incumbir

⁸¹ En este estudio, el texto del discurso pronunciado por el primer secretario del Partido, N. S. Kruschef, el 25 de febrero de 1956 durante una sesión del XX Congreso del Partido Comunista de la Unión Soviética, se cita con arreglo a la traducción publicada por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, el cual lo comunicó a la prensa el 4 de junio de 1956.

esta tarea al procurador, al cual le transmitía aquél las actas de la instrucción.

Paralelamente a la instrucción judicial, existía la investigación de la policía verificada bajo el control del procurador, pero las conclusiones de tal investigación no podían servir como medio de prueba en el proceso.

2. Unión Soviética

Esta oposición fundamental se halla, en cierta medida, en el Código oficial de Procedimiento Penal en vigor en las Repúblicas de la *Unión Soviética*, que data aproximadamente de 1923–1924. Sin embargo, los profesores de Derecho soviético reconocen sin tapujos, en los manuales de procedimiento penal destinados a los futuros jueces y a los abogados, que el procedimiento soviético que se desarrolla antes del proceso se aparta de las reglas promulgadas en los Códigos de Procedimiento Penal. Han comprobado que no existe diferencia alguna, en Derecho soviético, entre la investigación de la policía y la instrucción judicial. Los profesores de Derecho soviético no mencionan la existencia de enmiendas a los Códigos de Procedimiento, pero señalan como evidente el hecho de que el procedimiento seguido se aparta de las disposiciones del Código. Admiten, por ejemplo, que el Código de la RSFSR – que se aplica igualmente en los Estados bálticos, Kirghiria, Kazakstán y en otras Repúblicas – consagra un capítulo especial – el VIII – a la investigación de la policía y varios capítulos más – del IX al XVIII – a la instrucción, y que los Códigos de Bielorrusia, Ucrania, Azerbaidján, Armenia y Turkestán se le semejan, salvo algunas diferencias en el ucraniano. Reconocen, empero: “Muy pronto, no obstante, las fronteras que separan la investigación de la policía de la instrucción comenzaron a desaparecer”.⁸² Las conclusiones de ambas pueden ser utilizadas como medios de prueba en el curso del proceso. Los autores soviéticos mencionan el hecho de que ciertos recientes Códigos de Procedimiento de las Repúblicas Soviéticas han abandonado incluso esa terminología y emplean una nueva; hablan de “investigación” (*rassledovanie*), que abarca a las dos y es llevada a cabo por el procurador.⁸³ Para esos autores no existe diferencia más que en las personas que llevan a cabo la investigación: en los asuntos más importantes o más complicados, son los órganos especiales, investigadores,

⁸² Cheltsov: *Sovetskii ugolovnyi protsess* (Procedimiento Penal Soviético), 2ª edición, 1951, págs. 228–229.

⁸³ Códigos de Procedimiento Penal de Uzbekistán de 1929, de Tadjukistán de 1934 y Disposiciones Provisionales relativas a la instrucción de los asuntos criminales de Georgia, de 1931. Véase Cheltsov, obra citada, pág. 229.

procuradores y miembros del MVD – actualmente Comité de Seguridad del Estado, KGB – que llevan a cabo la investigación, mientras que en los de menor importancia es la policía la que conduce la investigación. Todas estas formas de procedimiento están desprovistas de carácter jurisdiccional. Además, se deduce claramente de las recientes disposiciones relativas a los procuradores y de la Ley sobre el Ministerio Público de 1955, que las personas que llevan a cabo la instrucción (investigación) se hallan subordinadas por completo al Ministerio Público (procurador) y están habilitadas para redactar el acta de acusación. Es también el procurador, y no el tribunal, el que puede tomar una decisión concerniente a la detención del sospechoso.

El Código de Procedimiento Penal sólo es explícito en una cuestión: precisa expresamente que sus disposiciones no se aplican a los crímenes políticos, los cuales son instruidos por los órganos de la policía secreta.⁸⁴ A este respecto, reproducimos a continuación algunas declaraciones pertinentes de juristas soviéticos:

No existe diferencia de principio entre la investigación de la policía y la instrucción judicial en el procedimiento penal soviético, a pesar de que esas dos nociones se hallan aún en el Código de Procedimiento Penal actualmente en vigor. La investigación de la policía y la instrucción judicial tienen el mismo valor jurídico. Las conclusiones de la investigación, así como las de la instrucción judicial, constituyen medios de pruebas que el tribunal puede utilizar en su sentencia.⁸⁵ El legislador burgués atribuye un carácter judicial a la instrucción. El juez de instrucción es considerado por la ley como un juez independiente del Ministerio Público (juez de instrucción denominado *sudebnyi sledovatel* en la Rusia zarista); por lo tanto, las conclusiones de la instrucción judicial constituyen en el proceso medios de prueba que pueden ser leídos ante el tribunal. El legislador soviético no admite tal diferencia entre los autos de la investigación policíaca y los de la instrucción judicial. Si la investigación o la instrucción han sido llevadas a cabo de acuerdo con las exigencias del procedimiento, ambos tienen el mismo alcance jurídico.⁸⁶

La reciente declaración de un profesor soviético, reproducida a continuación, muestra que la policía rivaliza con los órganos de instrucción, y que de hecho es ella la que se impone:

El artículo 108 del Código de Procedimiento Penal, definió con precisión los crímenes cuya instrucción debe de ser llevada a cabo por los órganos de instrucción que dependen de los procuradores de distrito. Sin embargo, en el curso de estos últimos años casi todos los procesos criminales fueron instruidos por la policía. Existen en la policía secciones encargadas de la instrucción, que emplean un personal

⁸⁴ Código de Procedimiento Penal, edición de 1956, artículo 108, párrafo 2.

⁸⁵ Strogovitch: *Uchebnik ugolovnogo protsessa* (Manual de Procedimiento Penal Soviético), 1938, pág. 118, N. B. Karev, D.S.m.

⁸⁶ Cheltsov, obra citada, pág. 223.

calificado; se trata esencialmente de un aparato de instrucción que actúa de manera paralela.⁸⁷

3. *Repúblicas Populares*

En *Albania*,⁸⁸ la instrucción comprende la investigación y la instrucción propiamente dicha. La investigación es llevada a cabo por la policía, por los jefes de unidades militares y por otros órganos administrativos, así como por el presidente o el secretario del Consejo Popular del pueblo si no existe policía en el lugar; la instrucción es dirigida por los investigadores dependientes de la Procuraduría o por los órganos de Seguridad del Estado. Estos están encargados de instruir los crímenes dirigidos contra el Estado. El Código prevé expresamente que las conclusiones de la instrucción pueden ser utilizadas en el proceso. Por otra parte, en virtud del artículo 247, párrafo 2, del Código de Procedimiento Penal:

Si un acusado se niega a declarar ante el tribunal, las declaraciones que ha hecho ante los órganos de instrucción y otros órganos de investigación serán leídas en el proceso.

El actual Código de Procedimiento Penal de *Bulgaria* distingue entre la investigación de la policía y la instrucción, según los diferentes funcionarios que se han encargado de cada una de ellas: la primera es llevada a cabo por la Policía Popular (militis), los servicios de Seguridad del Estado y los demás órganos administrativos especialmente autorizados por la ley.⁸⁹ La instrucción propiamente dicha es dirigida por los investigadores de la Policía Popular.⁹⁰ La instrucción de los crímenes contra la República Popular, es decir, los crímenes políticos o contrarrevolucionarios,⁹¹ es hecha por los investigadores de la Policía secreta exclusivamente.⁹² El Ministerio Público controla la investigación de la policía, así como la instruc-

⁸⁷ Mitrichev: "Un único aparato de instrucción", *Izvestia*, 2 de julio de 1957, pág. 2. "Según la ley, los órganos de policía son órganos de investigación policíaca y no de instrucción judicial; no obstante, de hecho, intervienen en un cierto número de casos que, de acuerdo con el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal de la RSFSR y a los artículos correspondientes de los Códigos de las demás Repúblicas de la Unión, precisan una instrucción judicial previa... esto constituye una manifiesta infracción de la ley... con los órganos de policía, han surgido una especie de funcionarios-investigadores especializados... que ninguna ley prevé... los investigadores de la policía constituyen una institución ilegal." Strogovitch: "Algunas reflexiones sobre la investigación de la policía y la instrucción judicial", *Sotsialisticheskaia zakonnost*, 1957, n° 5, págs. 20—21.

⁸⁸ Artículos 99, 102, 106, 112 y 247.

⁸⁹ Artículo 131.

⁹⁰ Artículos 142—143.

⁹¹ Artículos 70—99 del Código Penal.

⁹² Artículo 143, pár. 2.

ción; las conclusiones de ambos procedimientos pueden ser utilizadas como medios de prueba en el proceso.⁹³

En *Checoeslovaquia*, la institución de los jueces de instrucción fué suprimida por el Código comunista de Procedimiento Penal para los Tribunales, del año 1950,⁹⁴ siendo confiado a los procuradores⁹⁵ todo el procedimiento de instrucción, incluso la instrucción misma, los cuales dirigen la instrucción personalmente o bien por mediación de la policía.⁹⁶ Las actas levantadas por la policía, así como por el Ministerio Público, pueden ser utilizadas como medios de prueba en el proceso. En virtud del Código de 1956,⁹⁷ actualmente en vigor, la dirección del procedimiento oficial de instrucción pasó del Ministerio Público a la policía. Esta está obligada, no obstante, a someter las conclusiones de la instrucción a funcionarios especializados, denominados investigadores. Estos últimos dirigen la instrucción del proceso, interrogan personalmente a los acusados, testigos y otras personas, y reúnen todo los demás medios de prueba.⁹⁸ Por lo general, los medios de prueba presentados por la policía no pueden ser utilizados por el tribunal, salvo si los investigadores o el tribunal no han podido recogerlos ellos mismos. Los investigadores dependen ora de la Procuraduría, ora del Ministerio del Interior. Los investigadores que dependen del Ministerio del Interior instruyen y examinan todos los crímenes importantes.⁹⁹ No son funcionarios judiciales y se hallan bajo el control del Ministerio Público. Es el procurador el que tramita las quejas depositadas contra los investigadores.¹⁰⁰

El Código de Procedimiento Penal de *Hungría*, no prevé más que la investigación de la policía, dirigida por la propia policía, los órganos de seguridad del Estado del Ministerio del Interior (AVO o Policía secreta) y los órganos del Ministerio Público. El procurador controla toda investigación, cuyas conclusiones pueden ser leídas en el proceso.¹⁰¹

En virtud del Código de *Polonia*, enmendado en 1949, la dirección del procedimiento de instrucción fué transferida sea a un miembro de la Policía de seguridad, sea a un miembro del Ministerio Público.¹⁰² Esta persona no es un funcionario judicial, ni se halla tampoco bajo el control del tribunal, ni está sujeta a las reglas de

⁹³ Artículo 197.

⁹⁴ Ley n° 87, Recopilación de 1950.

⁹⁵ Artículos 2, 3, 11, 13—19 del Código de 1950.

⁹⁶ Artículos 76—86 del Código de 1950.

⁹⁷ Ley n° 64, Recopilación de 1956, en vigor desde el 1 de enero de 1957.

⁹⁸ Artículos 172—188 del Código de 1956.

⁹⁹ Artículos 172 y 175 del Código de 1956.

¹⁰⁰ Artículos 173—175, 186—188 del Código de 1956.

¹⁰¹ Artículos 86—89.

¹⁰² Artículo 235.

un procedimiento imparcial. Los funcionarios que llevan a cabo la instrucción son nombrados por la autoridad administrativa o por el Ministerio Público, a los cuales están subordinados. Las actas de la investigación pueden ser utilizadas en el proceso y tienen el mismo valor probatorio que las establecidas en el curso de la antigua instrucción judicial.¹⁰³ Es por esto que las confesiones de un acusado o las declaraciones de los testigos en el curso de la instrucción, incluidas en las actas levantadas por la policía, ofrecen el mismo valor que las actas judiciales de antes de la guerra.

En *Rumania*, las funciones del juez de instrucción y del magistrado encargado de la investigación fueron abolidas en 1952, siendo transferidas todas las funciones de diligencias y de instrucción a la "prokuratura" (Fiscalía del Estado) recientemente creada, o sea a la Procuraduría general y los órganos que dependen de la misma. El Código actualmente en vigor distingue dos categorías de diligencias judiciales: a) la "investigación" llevada a cabo por los funcionarios de la "prokuratura" y por los de la Administración de Seguridad del Estado, denominada *securitate*; b) la instrucción, que puede ser dirigida asimismo por la Policía del Estado (militia) y por la Policía Militar regular. El procurador interviene, en el ejercicio de su poder de control, en todas las fases del procedimiento de diligencias judiciales, da las órdenes oportunas a los órganos que de él dependen e instruye personalmente el asunto.

Según el Código *yugoeslavo* de Procedimiento Penal de 1953, el procedimiento de instrucción abarca la instrucción preliminar o investigación (*izvidjaj*) y la instrucción judicial (*sudska istraga*). Tanto la una como la otra son efectuadas ora por el tribunal ora por la policía. El procedimiento de investigación es iniciado por orden del procurador, el cual designa igualmente el órgano que se ha de ocupar, es decir, un juez de instrucción, un juez del tribunal regional o un elemento competente del Ministerio del Interior.¹⁰⁴ El procurador posee el poder discrecional de decidir cuál de los funcionarios citados anteriormente llevará a cabo la investigación. Los testimonios presentados por la policía en el curso de la investigación pueden ser utilizados por el tribunal si la prueba no puede ser hecha de nuevo durante el proceso.¹⁰⁵ Una vez la investigación terminada, el procurador debe decidir si las diligencias han de continuar o darse por finalizadas.¹⁰⁶ La instrucción judicial es obligatoria para los crímenes graves, penables con la pena de muerte o encarcelamiento durante más de 20 años, o si la detención del sospechoso ha sido ordenada antes de terminar la investigación. Para todos los otros procesos, la

¹⁰³ Artículo 299.

¹⁰⁴ Artículos 139 y 141.

¹⁰⁵ Artículo 143.

¹⁰⁶ Artículo 140.

instrucción judicial es facultativa.¹⁰⁷ La acción judicial es emprendida por el procurador o bien por la parte civil. La instrucción judicial es ordenada por el juez de instrucción, el cual puede, a continuación, confiar la instrucción del asunto a un juez del tribunal regional o a un funcionario competente de la Administración de la Seguridad del Estado (*Upravna Drzavn Bezbednosti*).¹⁰⁸

B. Detención

Según la Constitución *soviética*, toda detención, para ser legal, tiene que ser previamente aprobada por el juez o en todo caso por el procurador.¹⁰⁹ Sin embargo, esta garantía — es decir, la aprobación de la detención por el procurador en lugar del juez —, no obstante su insuficiencia, no existe en realidad. En efecto, se efectúan detenciones sin esa aprobación del procurador. A este respecto, Kruschef hizo en su discurso las revelaciones siguientes:

El camarada Eikhe fué detenido el 29 de abril de 1938 basándose en documentos calumniosos, sin el consentimiento (aprobación) del procurador de la URSS, el cual lo otorgó sólo quince meses después de la detención . . .¹¹⁰

Hemos estudiado sus casos y rehabilitado a Kossior, Rudzutak, Postichev, Kossariev y otros. ¿Cuáles fueron las razones de su detención y condena? El examen de los expedientes prueba que no existían. Ellos, como muchos otros, fueron detenidos sin que los procuradores lo supieran. En una situación tal no había necesidad de autorización (aprobación del procurador), puesto que, ¿qué autorización podía existir, siendo así que Stalin decidía sobre todo por sí mismo? En estos casos, él era el Procurador-Jefe. No solamente Stalin consentía esas detenciones, sino que por iniciativa propia emitía los autos de prisión.¹¹¹

Polonia es el único país, además de la URSS, sobre el cual existe una documentación semejante. Según la Constitución polaca, la decisión del procurador de detener a una persona tiene el valor de una orden de detención del tribunal,¹¹² y de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, la decisión de detener el sospechoso en un asunto depende de la competencia del procurador de distrito.¹¹³

No obstante, una importante revista jurídica polaca puso al descubierto lo que se denominó "procesos a puertas cerradas". Estos procesos eran juzgados por jueces sometidos a presiones por parte

¹⁰⁷ Artículo 156.

¹⁰⁸ Véase el tomo I, segunda parte, Administración de la Justicia, Yugo-eslavía, capítulo 9, (A), Los órganos de seguridad.

¹⁰⁹ Artículo 127.

¹¹⁰ Kruschef, *op. cit.*, pág. 19.

¹¹¹ Kruschef, *op. cit.*, pág. 25.

¹¹² Artículo 74.

¹¹³ Artículo 152.

del Partido. Merced a las directivas del Partido, se ordenaron detenciones en masa, que alcanzaron sobre todo a los campesinos acusados de no entregar los productos agrícolas al gobierno.¹¹⁴ En numerosos casos, las personas detenidas permanecieron en detención preventiva y aguardaron el proceso durante varios años.¹¹⁵

C. Defensa

1. Durante la instrucción

El procedimiento penal *soviético* se caracteriza por el hecho de que sólo otorga a la defensa posibilidades de acción limitadas. No existiendo diferencia fundamental alguna entre la investigación de la policía y la instrucción judicial, puede decirse que el sospechoso no tiene ningún derecho a la defensa en el curso de esas dos fases del procedimiento. Si bien la ley sobre la organización judicial de 1938 lo estipula en su artículo 8, y que el artículo 103 de la Constitución de 1936 declara que "el derecho de defensa está asegurado al acusado", lo cierto es que el abogado de la defensa queda totalmente excluido del procedimiento de instrucción del proceso. Las disposiciones precedentes son explicadas generalmente como que el abogado de la defensa sólo interviene en el proceso mismo. Su papel durante el proceso se estudia más adelante.¹¹⁶

Todas las Constituciones de las Repúblicas Populares contienen, sin excepción alguna, disposiciones relativas al derecho del acusado de hacerse defender. Sin embargo, las disposiciones correspondientes de sus respectivos Códigos de Procedimiento Penal, así como la práctica seguida en esta materia, ponen de manifiesto una realidad totalmente distinta.

La Constitución de *Albania*, del año 1950, garantiza en su artículo 82 el derecho a la defensa de todos los ciudadanos y no menciona ninguna categoría de crímenes respecto a los cuales no pueda ejercerse ese derecho. Pero, no obstante, el Código albanés de Procedimiento Penal no contiene disposición alguna relativa al abogado que quisiera asistir a la instrucción. Incluso un acusado que se halle en estado de detención no tiene derecho a comunicar con su abogado u otra persona, al objeto de obtener su ayuda para reunir las pruebas útiles a su causa y organizar su defensa.

En *Bulgaria*, a pesar de las disposiciones generales del Código,

¹¹⁴ *Prawo i Zycie*, n° 16, 1956, págs. 3 y 6.

¹¹⁵ Informes presentados a la Comisión de Justicia del parlamento por el Fiscal general, el ministro de Justicia, el presidente del Tribunal Supremo militar y el Fiscal general militar, *New York Times*, 15 de octubre de 1956, y *Ekspres Wieczerny*, 23 de noviembre de 1956.

¹¹⁶ Véase "Defensa durante el proceso", págs. 320-324.

las cuales estipulan que "todos los medios de procedimiento necesarios son ofrecidos a los ciudadanos para permitirles defender sus derechos y sus intereses legítimos"¹¹⁷ y que el acusado "disfruta del derecho a la defensa"¹¹⁸ en el curso de las fases preliminares de un proceso criminal, la posibilidad para un acusado de hacerse defender por un abogado no existía de hecho, como tampoco estaba organizada por la ley. El acusado se hallaba por completo entre las manos de las autoridades policíacas y de la administración de la Seguridad del Estado. Tal era el derecho aplicable en la materia hasta el 9 de noviembre de 1956. En esta fecha, dicho derecho fué modificado de manera tal que, durante la investigación de la policía y la instrucción judicial, el acusado puede ahora hacerse acompañar y asistir por un abogado.¹¹⁹

Según el Código *checo-slovaco* de 1956, el acusado tiene derecho a elegir su abogado y renunciar a los servicios de éste último en cualquier fase del proceso criminal, de depositar conclusiones para su defensa e introducir recurso.¹²⁰ Los miembros de los órganos de instrucción, el procurador y los jueces que dirigen los debates judiciales, deben informar expresamente al acusado respecto a sus derechos en cada una de las fases del procedimiento.¹²¹ El abogado está habilitado para depositar toda clase de conclusiones e introducir las vías de recurso en nombre de su cliente en cualquier momento de la investigación de la policía y de la instrucción judicial, así como durante el cumplimiento de la pena por su cliente.¹²² Una vez que el juez de instrucción haya notificado oficialmente al acusado las conclusiones de la instrucción, éste último puede comunicar con su abogado sin la presencia de un funcionario.¹²³ Pero antes de esto, el abogado sólo puede ver al acusado con autorización del procurador y hallándose presente un funcionario.

Si bien el Código *húngaro* de Procedimiento Penal contiene las disposiciones que permiten al abogado intervenir en cualquier momento del procedimiento¹²⁴ de instrucción, éste último debe de limitarse a depositar sus conclusiones y a tomar las medidas necesarias, tanto en forma oral como escrita, en cualquier momento. El abogado no tiene derecho a asistir al interrogatorio del sospechoso y de los testigos. Puede concurrir a todos los demás actos de la instrucción a condición de que su presencia "no comprometa el buen

¹¹⁷ Artículo 3.

¹¹⁸ Artículo 8, pár. 2.

¹¹⁹ Artículos 139 y 152, tal como fueron enmendados en 1956.

¹²⁰ Artículo 31, pár. 1.

¹²¹ Artículo 31, pár. 2, y artículo 35.

¹²² Artículo 38.

¹²³ Artículos 38, 183 y 184.

¹²⁴ Bp. Artículo 50, pár. 1.

resultado del procedimiento". A este respecto, un jurista húngaro escribió en una revista jurídica lo siguiente:

La verdad es que, de hecho, el abogado no puede comunicar con su cliente más que una vez la instrucción terminada. Es costumbre que el expediente le sea accesible sólo después de la sesión preliminar del tribunal.¹²⁵

Según el Código *polaco*,¹²⁶ el acusado puede hacerse asistir por un abogado durante la instrucción. Este último está autorizado a consultar el expediente, a leer todos los autos y a copiarlos.

Por lo que se refiere a la comunicación del detenido con su abogado, el Código contiene las disposiciones siguientes:

Artículo 84. — Antes del depósito del acta de acusación, el abogado del acusado no puede comunicar con su cliente detenido más que mediante el acuerdo previo del procurador y en su presencia; después del depósito del acta de acusación, el abogado puede comunicar con su cliente sin la presencia de otra persona.

El Código no precisa si sigue siendo necesario el acuerdo del procurador para que el abogado pueda comunicar con su cliente después del depósito del acta de acusación. La participación del sospechoso y de su abogado en los actos particulares del procedimiento, depende del juez de instrucción.¹²⁷

En *Rumania*, el acusado dispone de poquísimos medios; si es que dispone de alguno, para asegurar su defensa en el curso de la instrucción, tal como lo estipula el Código de Procedimiento Penal, que fué enmendado en 1952 y en 1956.¹²⁸ En efecto, una disposición del Código declara:

Artículo 234. — El abogado del acusado no puede participar en el procedimiento que conduce a la acusación más que en los límites expresamente definidos por la ley. En el curso de la instrucción de un asunto criminal, el abogado del acusado puede depositar demandas y conclusiones cerca de los órganos de instrucción.

Mientras se halle detenido, un acusado "no puede recibir ni enviar telegramas y cartas, como tampoco puede comunicar con el órgano de instrucción".¹²⁹ El acusado no puede comunicar libremente con su abogado, ni participar en la instrucción; su participación en la defensa está estrictamente limitada. El único derecho del acusado es el de ser informado personalmente de todos los actos de los órganos de instrucción y de prestar declaraciones que "pudieran

¹²⁵ Véase n° 64.

¹²⁶ Artículo 199.

¹²⁷ Artículo 242.

¹²⁸ Recopilación de leyes, decretos, etc.; marzo-abril de 1956.

¹²⁹ Artículo 261.

contribuir a esclarecer el asunto".¹³⁰ Según los comentaristas, entre los cuales cabe citar a Paraschivescu-Balaceanu y Alexa Augustin,¹³¹ esta nueva disposición tiene por consecuencia obligar al acusado "a participar y ayudar, durante la instrucción criminal y hasta el proceso, al establecimiento de la verdad material."

El Código *yugoeslavo* no admite la defensa durante la instrucción, más que con varias restricciones a los derechos del abogado. El abogado no tiene derecho a comunicar con el acusado antes que éste haya sido interrogado,¹³² puede no asistir al interrogatorio del acusado y de los testigos, y puede verse negar el derecho de asistir al procedimiento de registro y de incautación.¹³³ Incluso una vez el acusado interrogado, el juez de instrucción puede prohibirle comunicar y corresponder con su abogado, si estima que así lo exige el interés de la instrucción.¹³⁴

2. Durante el proceso

Según el procedimiento penal *soviético*, el abogado de la defensa sólo puede participar en el juicio. Esta cuestión es estudiada en páginas anteriores, pero puede consultarse asimismo el artículo 239 del Código, el cual declara que el hecho de la admisión y elección de un abogado para la defensa se plantea únicamente una vez que el asunto se lleva ante el tribunal. Existe asimismo otra limitación fundamental: el tribunal puede prohibir a un abogado designado de forma regular el que asegure la defensa de un acusado en un proceso criminal determinado. Este hecho se deduce de las disposiciones expresas del Código de Procedimiento Penal de la RSFSR, todavía en vigor:

Artículo 382: El tribunal provincial (*gubernia*) tiene derecho a no admitir, en calidad de abogado de la defensa, a toda persona oficialmente autorizada si considera que la asistencia de tal persona no es oportuna en un proceso determinado, a causa del carácter especial del asunto.¹³⁵

Las disposiciones de este artículo privan al acusado del derecho a elegir libremente su abogado, o al menos limitan considerablemente ese mismo derecho. Otro inconveniente es la costumbre que tienen los tribunales y los bufetes de nombrar un abogado sólo para cada audiencia particular y no para todo el proceso.¹³⁶ Además, el tribu-

¹³⁰ Artículos 264, párr. 1, y 208.

¹³¹ *Scanteia*, 1 de abril de 1956.

¹³² Artículo 73, párr. 1.

¹³³ Artículo 150.

¹³⁴ Artículo 73.

¹³⁵ Traducción del texto oficial del 1 de febrero de 1956.

¹³⁶ Cheltsov: *Sovetskii ugolovnyi protsess* (Procedimiento Penal Soviético), 1951, pág. 114.

nal correccional puede pedir que el asunto sea juzgado "sin la presencia de las partes". El tribunal no debe autorizar la presencia del abogado más que en el caso de que autorice al mismo tiempo la del procurador (Artículo 381, citado más adelante en "Juicio sin la presencia del acusado").

El Código de Procedimiento Penal *albanés* de 1953, limita la garantía constitucional del derecho a la defensa; efectivamente, resulta posible juzgar, incluso los asuntos más importantes, sin la intervención de un abogado de la defensa. El acusado puede lograr que lo defienda un abogado sólo en estos casos: que tome parte en el proceso un procurador, que el acusado no hable el albanés y que oponga a las partes un conflicto de intereses. Determinadas disposiciones particulares del Código,¹³⁷ referentes al juicio de los crímenes de terroristas contrarrevolucionarios de acuerdo con el procedimiento sumario, excluyen expresamente la participación de un abogado de defensa: "el asunto será juzgado sin la presencia del Ministerio público y de la defensa".¹³⁸ En los procesos políticos juzgados por el tribunal militar, éste puede rechazar la presencia del abogado elegido por el acusado.

En *Bulgaria*, el Código de Procedimiento Penal actualmente en vigor admite la presencia de un abogado en el proceso. Además, un delincuente acusado de haber cometido un crimen que puede acarrear la pena de muerte o de prisión durante diez años o más, debe ser acompañado y asistido por un abogado.¹³⁹ Si el acusado no ha elegido abogado, el tribunal debe nombrar uno de oficio. Sin embargo, en la práctica se observa que los abogados no sienten deseo alguno de asumir la defensa de estos delincuentes, particularmente de los delincuentes políticos. Los abogados designados por el tribunal defienden más bien los intereses del régimen que los de sus clientes: por ejemplo, el abogado de Traïtcho Kostov apoyó la tesis del Ministerio público y reconoció la culpabilidad de su cliente. En su defensa, se limitó a solicitar la clemencia del tribunal.¹⁴⁰

En *Checoeslovaquia*, el acusado puede ser asistido por un abogado para que lo defienda en el proceso. La presencia de un abogado es incluso obligatoria en determinados casos, por ejemplo cuando el delito acarrea la pena de muerte o de encarcelamiento durante más de cinco años.¹⁴¹ Durante el proceso — incluso en

¹³⁷ Artículos 342—345.

¹³⁸ Artículo 343.

¹³⁹ Artículo 175.

¹⁴⁰ Ivan Sipkov: "Bulgarian Bar under Communist Government" (La abogacía búlgara bajo el régimen comunista), *Federal Bar News*, (Washington, D.C.), vol. 2, n° 5, febrero de 1955, págs. 137—39 y 162.

¹⁴¹ Artículos 181 y 217.

apelación — el abogado puede tomar parte en cualquier acto oficial al cual esté autorizado el propio acusado.¹⁴²

No obstante estos derechos que la ley otorga a la defensa, el abogado checoslovaco no goza en realidad de la libertad de acción necesaria a toda representación jurídica eficaz. Si un abogado intenta ejercer su profesión en interés del cliente, sin tener en cuenta la política del gobierno, se expone a ser objeto de medidas disciplinarias e — o — incluso de diligencias de carácter penal, por lo que puede verse prohibir el ejercicio de su profesión.

Este estado de cosas fué expuesto en 1950 por K. Gottwald, presidente de la República por aquel entonces, el cual declaró en una reunión de jueces populares que —

... los abogados incitaban a sus clientes a decir mentiras, no obstante estar obligados, en virtud de la ley, a ayudar (a los tribunales) a descubrir la verdad material.

A esta advertencia, el Dr. Cepicka, entonces ministro de Justicia, respondió que “el hecho de sobrepasar los límites de la defensa podía constituir un delito”, señalando que para mejor llevar a cabo la selección de abogados ya se había reducido su número. Igualmente añadió:

... las actividades de los consejeros jurídicos, abogados y notarios del Estado, deben de ser puestas en la picota... En materia penal, se abusa aún del derecho a la defensa en beneficio de individuos que han cometido actos indiscutibles de traición... contra el pueblo. Es deber nuestro poner al descubierto esta situación... lo antes posible... Si se respetase la voluntad del pueblo, el número de abogados sería reducidísimo.

Resultaría poco exacto pretender que nuestra administración popular de justicia no ofrece lugar a un sistema de defensa y de representación jurídica. Ambas cosas son también necesarias para el buen funcionamiento de la justicia, pero una y otra deben de servir, y no obstaculizar, la aplicación de la ley y la administración de la Justicia.^{142a}

En virtud del Código de Procedimiento Penal *húngaro*, un abogado puede intervenir en el proceso a consecuencia de una decisión del procurador o por designación oficial del tribunal. En los casos en que de acuerdo con la ley es necesario nombrar un abogado, el presidente del tribunal designa uno entre los inscritos en una lista redactada a este efecto.¹⁴³

En realidad, la aplicación que se hace de estas disposiciones ha limitado considerablemente el papel del abogado. Un abogado co-

¹⁴² Artículo 38.

^{142a} *Spravedlnost ve sluzbach lidu a socialismu* (La justicia al servicio del pueblo y del socialismo), 1950, págs. 13, 45, 51, 52 y 77.

¹⁴³ *Bp.* Artículo 50, pár. 1.

munista escribió en la revista jurídica de la Asociación de Abogados Húngaros:

... la posibilidad que la ley prevé como *excepción* constituye, en la práctica, una regla general, y la regla (general) prevista por la ley sólo se aplica en casos excepcionales. La verdad es que el abogado de la defensa únicamente puede comunicar con su cliente cuando la instrucción está terminada; normalmente, sólo puede conocer los expedientes una vez terminada la audiencia preliminar ante el tribunal; no le es posible presentarse ante los órganos de instrucción, salvo en casos excepcionales y en los despachos de ciertos procuradores; por el contrario, ésto último no puede hacerlo ante las autoridades de policía.¹⁴⁴

Esta defensa de pura forma e ineficaz a que el acusado tiene derecho ante un tribunal húngaro, aparece claramente durante la lectura de la relación oficial publicada por el gobierno húngaro de los procesos del cardenal Mindszenty, de Laszlo Rajk, etc. En todos estos se ve que el abogado jamás se esforzó verdaderamente en defender a su cliente, presentando pruebas, planteando excepciones y discutiendo con la acusación; por el contrario, el abogado ayudó a la acusación y reconoció la culpabilidad del acusado, limitándose a solicitar la clemencia del tribunal.¹⁴⁵

Molnar expresa con autoridad la misma opinión:

... antaño, disponíamos de disposiciones legislativas relativas al procedimiento que, si hubiesen sido convenientemente aplicadas, habrían impedido las ilegalidades. Sin embargo, algunas de esas disposiciones no fueron puestas en vigor, a consecuencia de instrucciones confidenciales. Así, las disposiciones del Código de Procedimiento Penal para la protección de la libertad individual no fueron convenientemente aplicadas y a menudo el derecho a la defensa no pasó de ser, para toda la administración de justicia, más que una simple formalidad.¹⁴⁶

En Polonia, los derechos del acusado a la defensa son los mismos en materia de crímenes políticos y de derecho común. Las reglas de procedimiento penal no establecen ninguna distinción. No obstante, existen las disposiciones de la ley del 27 de junio de 1950 sobre la organización del Colegio de Abogados,¹⁴⁷ que pueden aportar ciertas restricciones a la defensa en los asuntos de índole política, en particular la siguiente: "Un abogado no está autorizado a conceder una

¹⁴⁴ Gyorgy Bolgar: *A védelem szerepe a nyomozás es az előkészítés során* (La defensa durante la instrucción y durante el interrogatorio ante el tribunal), *Magyar Jog*, III, n° 6, 1956, pág. 168, publicado por Magyar Jogász Szövetség, Budapest, Hungría.

¹⁴⁵ *El proceso de Jozsef Mindszenty* (Budapest, Editorial del Estado húngaro, 1949) y *Laszlo Rajk y sus cómplices ante el Tribunal del pueblo* (Budapest, 1949).

¹⁴⁶ *Szabad Nep*, XIV, n° 177, 26 de junio de 1956.

¹⁴⁷ *Dz. U.*, 1950, n° 30, Ley n° 275.

asistencia jurídica que resulte incompatible con el interés general de la economía socialista.”¹⁴⁸ El artículo 95 dispone: “Los abogados pueden ser objeto de medidas disciplinarias si su conducta ignora los intereses de las masas laboriosas.” Y el artículo 28 señala: “El Colegio de Abogados colabora con los tribunales y demás autoridades en la salvaguardia del orden jurídico en la Polonia popular, y está encargado de prestar asistencia jurídica de acuerdo con la ley y a los intereses de las clases laboriosas.”

En *Rumania*, el acusado puede tener un abogado para que le defienda en el proceso. Sin embargo, la eficacia de esta defensa queda limitada por el hecho de que no es elegido libremente; en efecto, el abogado de la defensa es nombrado por el Colegio de Abogados.¹⁴⁹

El Colegio ha sido depurado de todos sus antiguos miembros “capitalistas” y “reaccionarios”. Los nuevos miembros, elegidos “en la clase obrera” y formados durante un año o dos en Escuelas de Derecho, trabajan bajo el estricto control del Colegio de Abogados y del Consejo del mismo y deben contribuir a “reforzar la legalidad popular”. Los abogados están asimismo sometidos a la disciplina e incurrir en responsabilidad penal cuando se han hecho “culpables de actitudes o acciones que pueden acarrear perjuicio al régimen de democracia popular”.¹⁵⁰

En la práctica, empero, el abogado de la defensa asiste al procurador en las diligencias iniciadas contra el acusado; todo lo más, el abogado se limita a decir en su defensa: “El acusado reconoce que es culpable y espera un justo castigo”, al propio tiempo que pide se examine las circunstancias atenuantes.¹⁵¹

En el Código *yugoeslavo* no se encuentran limitaciones particulares de los derechos del abogado durante el proceso.

D. Confesiones

1. Unión Soviética

Las disposiciones de los Códigos de la Unión Soviética jamás han precisado que la confesión era la mayor de las pruebas,¹⁵² y los

¹⁴⁸ Artículo 53, párr. 2.

¹⁴⁹ Decreto n° 39 de 1950 y decreto n° 281 de 1954; Recopilación de leyes, decretos, etc.; julio—agosto 1954.

¹⁵⁰ Artículos 1 y 43 del decreto n° 281 de 1954, y artículo 48 del decreto n° 39 de 1950.

¹⁵¹ Ejemplos: *Proceso de un grupo de conspiradores, espías y saboteadores. Alex. Pop y otros*, Bucarest, 1949; *Proceso de un grupo de espías y de traidores al servicio del espionaje imperialista. V. Ciobanu y otros*, Bucarest, 1950.

¹⁵² Véase a este respecto los párrafos D (Confesión), E (Testimonios y procesos fabricados) y F (El sospechoso considerado como culpable).

sabios soviéticos tampoco han sostenido esta opinión en sus obras. No obstante, el que examine los informes oficiales de los grandes procesos de los dignatarios soviéticos caídos en desgracia y de los extranjeros acusados de espionaje, se ve sorprendido por el hecho de que la confesión es la única prueba, a partir de la cual se establece la culpabilidad del acusado. Si la confesión es retractada no queda prueba alguna, no sólo de la culpabilidad sino asimismo de los hechos que constituyen la base de la acusación.

Que esto es así en numerosos procesos, es un hecho abiertamente admitido por Kruschef en su discurso de febrero de 1956 (véase cita a continuación). La confesión constituye la única prueba de culpabilidad en los procesos de Beria y de Bagirov.¹⁵³

La extraordinaria importancia que ofrece la confesión en los procesos soviéticos resulta particularmente inesperada, por el hecho de que, en general, los Soviets han adoptado las concepciones de la Rusia imperial y de la Europa continental, según las cuales esta confesión no es equivalente a la confesión de culpabilidad del procedimiento anglo-americano. La confesión no tiene valor oficial desde el punto de vista del procedimiento; no exime al acusado de presentar pruebas, ni al tribunal de examinarlas. No autoriza al tribunal a deducir de la misma su sentencia. El tribunal soviético, al igual que el tribunal europeo, debe examinar el conjunto de elementos del asunto y puede absolver a un acusado que haya confesado.¹⁵⁴

El acusado, al confesar – y esto tanto ante el tribunal continental como ante el soviético –, reconoce simplemente la exactitud de los hechos y relata lo que hizo, pero no abandona su derecho a defenderse ni tampoco admite el que el tribunal pronuncie la sentencia inmediatamente.

En estas circunstancias, la confesión hecha ante los tribunales soviéticos no eximía al tribunal correspondiente de recoger todos los medios de prueba posibles y, de hecho, las reseñas de audiencia de los grandes procesos soviéticos muestran que, en efecto, los tribunales soviéticos obraban así.

El procedimiento soviético se singularizó por el hecho de que no se presentaba prueba alguna que corroborase la razón de una denuncia y que la sentencia de culpabilidad se basaba sólo en la confesión.

Vychinski, en su estudio sobre las pruebas en Derecho soviético, adoptó una posición ambigua. Por un lado, no se mostró deseoso de hacer revivir de buenas a primeras la concepción medieval, según la cual la confesión es la prueba mayor, “la prueba absoluta de la culpabilidad”. Igualmente otros autores soviéticos, particularmente

¹⁵³ Véase el estudio de estas cuestiones en la obra citada anteriormente, al final de la segunda parte; Administración de la Justicia, *Unión Soviética*.

¹⁵⁴ Artículo 282 del Código de Procedimiento Penal.

los de la época post-stalinista piensan que la confesión corresponde a esa categoría de pruebas que necesitan ser corroboradas por otras.¹⁵⁵ Una opinión similar se deduce de algunas de las decisiones del Tribunal Supremo de la URSS.¹⁵⁶ Sin embargo, Vychinski pone en guardia contra una respuesta abstracta a esta cuestión, hecha independientemente de las circunstancias del asunto. No obstante negar de manera general el valor intrínseco de la confesión, señala que puede hacerse una excepción con los casos “de conspiración y de bandas criminales, en particular en los asuntos relativos a actuaciones contrarrevolucionarias antisoviéticas”.

En los casos de ‘complots’ y de índole parecida, la cuestión de la actitud a adoptar respecto a las declaraciones hechas por el acusado debe ser examinada con extrema prudencia, según admitamos esas declaraciones como un medio de prueba o que neguemos tal carácter. No obstante tener que guardar una gran prudencia en el examen de esta cuestión, no puede negarse que en los casos de esta naturaleza tal clase de prueba ofrece un valor intrínseco.¹⁵⁷

En la última edición de 1950, Vychinski es más explícito Veamos:

En los casos de esta naturaleza, es asimismo necesario verificar cuidadosamente todas las circunstancias del asunto en cuestión, sirviendo esta verificación para controlar las declaraciones del acusado. Pero las declaraciones del acusado en los casos de esta naturaleza adquieren el carácter y el alcance de pruebas fundamentales más importantes y más decisivas.¹⁵⁸

Estas declaraciones, así como otras semejantes hechas por Vychinski, fueron interpretadas por los juristas soviéticos como una justificación de la teoría que estima que la confesión es la prueba mayor. Tal es, al menos, la opinión del profesor Piontkovskii, el cual declaró recientemente: “El (Vychinski) atribuyó a la confesión hecha por un acusado en los procesos de crímenes antisoviéticos un valor intrínseco como prueba. Es esto lo que evidentemente indujo en error a los órganos jurisdiccionales y de instrucción, y lo que igualmente pudo lanzar la instrucción sobre una pista falsa y permitir a los jueces pronunciar sentencias infundadas.”¹⁵⁹

¹⁵⁵ Strogovitch: *Material' naia istind i sudebnyé dokazatel'stva v sovetskom ugolovnom protsesse* (La verdad material y las pruebas ante el tribunal en el procedimiento de lo penal soviético), 1955, pág. 344.

¹⁵⁶ Decisión de la sesión plenaria del Tribunal Supremo de la URSS, del 3 de febrero de 1944, en el asunto Anachko, citado en Strogovitch, *op. cit.*, pág. 344; véase igualmente *Sbornik postanovlenii plenuma i opredelenii kollegii verkhovnogo suda SSSR*, 1944.

¹⁵⁷ Vychinski: *Teoriia sudebnykh dokazatel'stev v sovetskom prave* (La teoría de las pruebas en el Derecho soviético), 1946, págs. 209—210; 3a edición, 1950, págs. 264—265.

¹⁵⁸ Vychinski, *op. cit.*, pág. 264.

¹⁵⁹ Prontkovskii: “O nekotorykh voprosakh pravovoi nauki” (A propósito de ciertos problemas de teoría jurídica), *Izvestia*, 1 de marzo de 1957, pág. 2.

La reciente polémica llevada a cabo en el ámbito del proyecto de reforma por la prensa jurídica soviética sobre el papel de la confesión, proporciona otra prueba indirecta del valor particular que, erróneamente, fué atribuída a la confesión en la práctica judicial soviética.

No fué publicada ninguna ley soviética que autorizase el recurso a la presión física para hacer confesar a un sospechoso o para lograr de un testigo la declaración deseada. Por el contrario, el Código de Procedimiento Penal (artículo 136) dispone: "El juez de instrucción no tiene derecho de intentar obtener una declaración o una confesión recurriendo a la violencia, a los malos tratos y a otros procedimientos del mismo género." Estas disposiciones, empero, no fueron aplicadas.

a) Durante el XX Congreso del Partido Comunista, Kruchef reveló numerosas y permanentes faltas a esta regla. Los altos funcionarios soviéticos y el propio Stalin, dieron directamente órdenes para que se hiciese uso de la tortura. Ante todo, Kruchef leyó el siguiente telegrama cifrado enviado por Stalin, en nombre del Comité Central del Partido Comunista, al Comisariado del Pueblo del Interior y a sus diversos órganos, con fecha 20 de enero de 1939:

El Comité Central del Partido Comunista (bolchevique) de la Unión Soviética precisa que la aplicación de métodos de presión física por la NKVD es aceptada desde 1937 de acuerdo con la autorización concedida por el Comité Central del Partido Comunista (bolchevique) de toda la República... Es cosa sabida que todos los servicios burgueses de contraespionaje utilizan medios físicos para influir sobre los representantes del proletariado socialista, y que los usan en sus formas más escandalosas. Cabe preguntarse: ¿por qué los servicios de contraespionaje socialistas han de ser más humanitarios con los desenfadados agentes de la burguesía, con los mortales enemigos de la clase trabajadora? El Comité Central del Partido Comunista (bolchevique) de la Unión Soviética considera que se debe hacer presión físicamente, aunque sólo cuando se trate de conocidos y obstinados enemigos del pueblo, siendo en estos casos justificable y apropiado.¹⁶⁰

b) Las instrucciones personales no resultaban menos precisas:

Stalin llamó personalmente al juez encargado de la investigación (en el proceso de los médicos de Moscú, en 1953) para darle instrucciones acerca de los métodos que debía emplear. Esos métodos eran simples: ¡Torturar, torturar y torturar!¹⁶¹

Después de la muerte de Stalin, estudiamos los cargos y descubrimos que se habían inventado desde el principio hasta el fin.¹⁶²

¹⁶⁰ Kruchef, *op. cit.*, pág. 26.

¹⁶¹ *Ibid.*, pág. 41.

¹⁶² *Ibid.*, pág. 41.

c) Kruchef relató igualmente numerosos casos en los que se empleó la tortura:

Se obligó a Eikhe (antiguo miembro suplente del Buró Político), merced a la tortura, a firmar una deposición con sus confesiones preparadas con antelación por los jueces instructores, en la cual se acusaba — y acusaba a otros varios conocidos militantes del Partido — de actividades antisoviéticas.¹⁶³

En una carta dirigida a Stalin el 27 de octubre de 1939, Eikhe declaró:

Mi caso es un ejemplo típico de provocación, de calumnia, de violación de las bases elementales de la legalidad revolucionaria.¹⁶⁴

Por lo que se refiere a su confesión de actividades contrarrevolucionarias, añadió Eikhe:

He aquí la verdad: No pudiendo soportar las torturas a que fui sometido por parte de Uchakov y de Nikolaiev — sobre todo el primero, que sabía que yo tenía las costillas rotas aún sin soldar, las cuales me causaban terribles dolores — me ví obligado a acusarme y a acusar a los otros. La mayor parte de mi confesión me fué sugerida o dictada por Uchakov, y el resto procede de mis recuerdos personales referentes a los documentos de la NKVD de Siberia Occidental, de la que fui responsable.¹⁶⁵

Las quejas de Kedrov contra el empleo de la tortura, tal como fueron referidas por Kruchef, no son menos impresionantes:

He aquí lo que el camarada Kedrov escribió al Comité Central por mediación del camarada Andreyev, que en aquel entonces era uno de los secretarios del Comité Central:
Apelo a su ayuda desde una oscura celda de la prisión de Lafartorsky... Actualmente, a los 62 años de edad, continúo amenazado por los jueces instructores con torturas degradantes y severas. Ellos (los jueces) ya no son capaces de reconocer su error, de darse cuenta de que la forma en que están llevando mi caso es ilegal en todos los sentidos. Tratan de justificar sus acciones imaginándose que soy un empedernido enemigo, por lo que exigen se empleen contra mí métodos represivos cada vez más duros... He sido torturado hasta el extremo... Mi salud se halla muy quebrantada, mi fuerza y energía en trance de debilitarse, el fin próximo...¹⁶⁶

Estos casos no eran excepcionales. El empleo de la presión física resutaba tan general que Kruchef pudo declarar:

Cuando Stalin decía que era necesario detener a tal o cual persona, había que aceptar dogmáticamente que se trataba de un 'enemigo del

¹⁶³ *Ibid.*, pág. 19.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pág. 19.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pág. 20.

¹⁶⁶ *Ibid.*, págs. 43—44.

pueblo'. Mientras tanto, la pandilla de Beria, que dirigía los organismos de seguridad del Estado, se superaba fabricando las pruebas de la culpabilidad de los detenidos y de la veracidad de los documentos que falsificaba. ¿Y qué pruebas se ofrecían? Las confesiones de los detenidos. Y los jueces aceptaban esas 'confesiones'. Mas, ¿cómo es posible que una persona confiese haber cometido crímenes que no ha ejecutado? Sólo si se aplican métodos de tortura física que la reducen a un estado de inconsciencia que la priva de su juicio y la despoja de su dignidad de ser humano.¹⁶⁷

d) Los funcionarios que recurrían a la tortura estaban firmemente convencidos de que no cometían ningún acto ilegal, pues tal era la práctica de la tortura y tal la seguridad de que sus actos eran aprobados por sus superiores.

Recientemente, sólo unos días antes del presente Congreso, hemos asistido a la sesión del Presidium del Comité Central e interrogado al juez investigador Rodos que fué quien interrogó antaño a Kossior, Chubar y Kossariév... En esa sesión del Presidium del Comité Central, nos dijo: "Me afirmaron que Kossior y Chubar eran enemigos del pueblo, y por este motivo, como juez investigador, *tenía que hacerles confesar que realmente lo eran*".¹⁶⁸ (Subrayado por nosotros.) El no podía hacerlo más que mediante prolongadas torturas; y lo hizo, recibiendo detalladas instrucciones de Beria. Debemos de decir que en el curso de la sesión del Presidium del Comité Central, declaró cínicamente: "Estimaba ejecutar así las órdenes del Partido."¹⁶⁹

2. *Républicas Populares*

Se halla la misma posición respecto a la confesión considerada como la prueba mayor en todos los países de la órbita soviética.

En *Bulgaria*, un nuevo texto de ley confirma que la confesión fué considerada, a ejemplo del Derecho soviético, como capaz de reemplazar todas las demás pruebas. La ley del 9 de noviembre de 1956¹⁷⁰ añadió un nuevo párrafo 2 el artículo 41¹⁷¹ del Código de Procedimiento Penal de Bulgaria:

La confesión por el acusado no exime a los órganos interesados de su obligación de reunir asimismo todas las otras pruebas del asunto en cuestión.

Un artículo publicado en la revista jurídica oficial pone claramente de manifiesto que no era ésa la práctica seguida hasta entonces por los órganos encargados de rendir justicia.

¹⁶⁷ *Ibid.*, pág. 25.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pág. 26.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pág. 27.

¹⁷⁰ IPNS, n° 90, 9 de noviembre de 1956.

¹⁷¹ El párrafo primero del artículo 4, declara: "No debe forzarse al acusado a que confiese recurriendo a promesas, a la intimidación o a cualquier otro medio de presión."

En el procedimiento de antaño, las sentencias del tribunal no se basaban en ciertos casos más que en la confesión hecha por el acusado, sin que se viese corroborada por otra prueba cualquiera.¹⁷²

En Checoslovaquia, era de pública notoriedad que los procesos políticos, en particular el llevado a cabo contra Rudolf Slansky, antiguo secretario del Partido Comunista Checoslovaco, y sus trece cómplices, habían sido montados con el propósito de crear un clima de terror político, y que la condena de los acusados se basó esencialmente en las confesiones que se les impuso mediante medios ilegales, como la tortura física. Resultaba igualmente evidente que numerosas pruebas, pretendidas convincentes, habían sido falsificadas.¹⁷³ A este respecto, resulta muy significativa la declaración hecha por el Primer ministro Vilem Siroky ante el Comité Central del Partido Comunista de Checoslovaquia, en su reunión del 19 de abril de 1956. Dijo, especialmente:

De hecho, nuestro Código de Procedimiento Penal admite aún esa concepción de la justicia según la cual la confesión del acusado resulta suficiente para que se decida su culpabilidad o su inocencia... Antaño, los órganos de seguridad, la fiscalía y el aparato judicial estimaban que su tarea consistía en una sola cosa: lograr a todo precio la confesión de un ciudadano sospechoso o acusado de cualquier acción criminal.¹⁷⁴

El Código de Procedimiento Penal húngaro prevé que la confesión del acusado no exime al tribunal de examinar otras pruebas.¹⁷⁵ De hecho, un gran número de condenas se basaron en la confesión del acusado únicamente. El Fiscal general lo reconoció en su informe:

En el pasado, se concedía una importancia exagerada a la simple confesión. Debemos examinar con la mayor reserva el principio siguiente, antiguo pero falso: *confessio est regina probatorum*. Debemos hacer notar que la confesión no es la prueba mayor, sino una prueba más que debe ser tomada en consideración por el tribunal.¹⁷⁶

¹⁷² *Sotsialisticheskaya zakonnost' v svetlinata na recheniata na 20. Kongres KPSS, Sotsialisticheskoe pravo*, n.º 6, 1956, pág. 6.

¹⁷³ "Czech Premier Blames Beria for Tito Slander" (El primer ministro checo acusa a Beria de haber difamado a Tito), *New York Times*, 23 de mayo de 1956, pág. 11. El primer ministro Siroky declaró que "las acusaciones de titismo dirigidas contra R. Slansky en el curso del proceso de Praga estaban basadas en documentos falsificados, facilitados por L. Beria".

¹⁷⁴ "Leninsku cestu k novemu rozmachu a novym vitezstvím", *Rudé Pravo*, 12 de mayo de 1956. El 10 de mayo del mismo año, Arthur London, uno de los 14 acusados en el proceso Slansky montado en Checoslovaquia, y que entonces fué condenado a prisión perpetua, hizo una declaración pública precisando que "La tortura fué utilizada para obligarle a confesar haber cometido actos de traición y espionaje". "Torture Used, Rehabilitated Czech Says" (La tortura fué utilizada, declara un checo que ha sido rehabilitado), *Washington Post and Times Herald*, 11 de mayo de 1956, pág. 8.

¹⁷⁵ *Bp.* Artículo, 4, pár 2.

¹⁷⁶ Gyorgy Non, Fiscal general, Informe presentado al parlamento húngaro durante la sesión del 31 de julio de 1956, pág. 1443.

Por otra parte, a pesar de que el Código de Procedimiento Penal prevé que no debe hacerse uso de la violencia, de amenazas o de cualquier otro medio de presión para hacer confesar a un acusado,¹⁷⁷ el Fiscal general de la República Popular Gyorgy Non reconoció en el informe que presentó al parlamento húngaro:

Numerosos inspectores, jefes y funcionarios de los órganos de seguridad del Estado (AVO o Policía secreta) han abusado de su autoridad como consecuencia de un control adecuado. Al recurrir a la presión moral o física en toda una serie de procesos, crearon pruebas falsas y provocaron confesiones inexactas.¹⁷⁸

En *Polonia*, los métodos empleados por la policía para obtener las confesiones de los acusados fueron puestos de manifiesto por vez primera en el curso de los procesos de Poznan, en septiembre y octubre de 1956. En esos procesos, los acusados declararon – lo cual fué reconocido por el Ministerio fiscal – que durante los interrogatorios habían sido apaleados por la Policía de seguridad, la cual les dió patadas, les tiró por los cabellos, les azotó con vergajos y les arrojó contra las paredes.¹⁷⁹ Los métodos más espectaculares de tortura empleados por la policía fueron expuestos en la VIII Asamblea Plenaria del Partido Obrero Unificado (comunista) de Polonia, celebrada en octubre de 1956. Uno de los miembros del Presidium del Comité Central de Control del Partido manifestó que numerosos inocentes habían sido detenidos por la policía.

Muchas personas fueron cogidas en la calle, y tras siete días de interrogatorios enviadas sin conocimiento a un manicomio de Tworki. Otras se ocultaron en ese manicomio de Tworki al objeto de evitar ser detenidas por la policía; allí fingieron estar locas. Presas del pánico, personas de toda honestidad huyeron incluso al extranjero para escapar de nuestro régimen. Era el método seguido, y sobre el cual se estableció todo un sistema... Toda la ciudad sabía que se asesinaba a la gente; toda la ciudad sabía que en ciertas celdas de la cárcel, algunos permanecían durante tres semanas con excrementos humanos hasta los tobillos... Estos métodos eran aplicados por los altos funcionarios de la Policía de seguridad y seguidos por sus subalternos... Toda la ciudad sabía que un antiguo director del servicio de investigación del Ministerio de Policía (Rozanski) arrancaba personalmente las uñas de ciertas personas, y que duchaba a esas personas obligándolas luego a permanecer fuera en el frío glacial.¹⁸⁰

Las discusiones durante la VIII Sesión Plenaria del Partido pusieron de manifiesto que éste controlaba los debates de los procesos criminales por mediación de su comisión del Buró Político para los

¹⁷⁷ Bp. Artículo 94, pár. 4.

¹⁷⁸ Actas de los debates del parlamento húngaro, sesión del 31 de julio de 1956, pág. 1434.

¹⁷⁹ *New York Times*, del 29 de septiembre y del 30 de octubre de 1956.

¹⁸⁰ Leon Wudzki: *Nowe Drogi*, n° 10, 1956, págs. 60 y 61.

Asuntos de Seguridad. El jefe de la policía¹⁸¹ era uno de los miembros de los órganos supremos del Partido. La citada Comisión daba asimismo directivas sobre la forma de conducir los debates en ciertos asuntos que presentaban una gran importancia para el Partido. Esta Comisión recibía instrucciones directamente de la NKVD soviética o indirectamente por mediación de los agentes de ésta última, empleados en la administración gubernamental en calidad de "consejeros". En la VIII sesión plenaria del Partido, el jefe de la Comisión de Asuntos de Seguridad reconoció de manera expresa que Beria, jefe de la NKVD soviética, e incluso Stalin en persona, habían ejercido presiones sobre él en ciertos procesos criminales.¹⁸² Este sistema condujo a la "fabricación de pruebas basándose en hechos falsificados", gracias a los métodos empleados por la policía durante la instrucción, métodos que hemos descrito anteriormente.¹⁸³ La menor sospecha de "espionaje" bastaba para desencadenar detenciones en masa, a las que seguían "falsas confesiones obtenidas con ayuda de métodos harto conocidos."¹⁸⁴

E. Falsos testimonios y procesos prefabricados

Las disposiciones legislativas referentes al testimonio no son respetadas en los asuntos criminales por las autoridades de investigación, tanto en Unión Soviética como en las Repúblicas Populares. En numerosos casos, esas autoridades recibieron instrucciones para la preparación de pruebas contra personas que, por una razón cualquiera, habían sido condenadas por las autoridades superiores. En diversas ocasiones prepararon por adelantado las sentencias condenatorias. Esta práctica de procesos manifiestamente prefabricados y de declaraciones de testigos preparadas con anticipación fué extensamente comentada por Kruchef:

Quando se procedió al examen de los casos de algunos de esos supuestos 'espías' y 'saboteadores' se descubría que sus procesos habían sido prefabricados. Las confesiones de culpabilidad de gran número de los detenidos y acusados, fueron obtenidas merced a torturas crueles e inhumanas.¹⁸⁵

Se aceptó la viciosa práctica de permitir que la NKVD preparase listas de personas cuyos casos caían bajo la jurisdicción del tribunal militar y que las sentencias de esas personas se preparasen de antemano. Yejov

¹⁸¹ Stanislaw Radkiewicz.

¹⁸² Jakub Berman.

¹⁸³ *Nowe Drogi*, n° 10, 1956, págs. 85—95.

¹⁸⁴ Informes presentados a la Comisión de Justicia del parlamento por el Fiscal general, el ministro de Justicia, el presidente del Tribunal Supremo Militar y el Fiscal general militar, *New York Times*, 15 de octubre de 1956 y *Ekspres Wieczorny*, 23 de noviembre de 1956.

¹⁸⁵ Kruchef, *op. cit.*, pág. 19.

enviaba esas listas a Stalin para que las aprobase personalmente, así como los castigos propuestos. Entre 1937 y 1938, 383 de esas listas conteniendo los nombres de muchos miles de miembros del Partido, de los Soviets, del Komsomol, del Ejército y de la Economía, fueron enviadas a Stalin. Este las aprobó.

Un gran número de estos casos han sido revisados ahora y muchos de ellos se han anulado porque se basan en falsificaciones. Basta que se diga que desde 1954 hasta el día de hoy, el Colegio Militar del Tribunal Supremo ha rehabilitado a 7.679 personas, muchas de ellas a título póstumo.¹⁸⁶

El 2 febrero de 1940, Eikhe (miembro suplente del Politburó) compareció ante el tribunal. Negó su culpabilidad y declaró lo siguiente:

“Salvo las firmas, que me fueron arrancadas, ni una sola palabra de mis supuestas confesiones es mía. Confesé a consecuencia de la presión ejercida sobre mí por el juez de instrucción, el cual no dejó de torturarme un solo día desde el instante mismo de mi detención...”

El 4 de febrero, Eikhe fué fusilado. Después, se estableció de manera definitiva que el asunto Eikhe había sido preparado por completo. Eikhe fué rehabilitado a título póstumo.¹⁸⁷

Durante el examen a que fué sometido en 1955 el caso Komarov, se supo lo siguiente por boca de Rosenblum: Cuando éste fué detenido en 1937, se le torturó de forma terrible y se le ordenó que confesara hechos falsos respecto a su propia persona y a otras. Entonces se le condujo al despacho de Zakovsky, el cual le ofreció la libertad a cambio de que confesase ante el tribunal los actos de “sabotaje, espionaje y diversión de un centro terrorista de Leningrado...”

Era preciso que el proceso del centro de Leningrado se asentara sobre bases sólidas y para esto eran necesarios algunos testigos.

“Tú mismo”, dijo Zakovsky a Rosenblum, “no tendrás necesidad de inventar nada. La NKVD te preparará un plan para cada una de las ramificaciones del centro; tendrás que estudiarlos muy bien para recordar todos los detalles y contestar a cuantas preguntas te haga el tribunal.¹⁸⁸

Los documentos que se poseen demuestran que esa práctica de falsos testimonios y de procesos prefabricados era también seguida en las Repúblicas Populares. En *Polonia*, por ejemplo, el director de la Comisión de Asuntos de Seguridad admitió, en la VIII reunión plenaria del Partido, que Beria, jefe de la NKVD soviética, e incluso el propio Stalin, ejercieron presión sobre él en diversos procesos criminales. Este sistema condujo a “fabricar pruebas falsificando los hechos” y a introducir los métodos — estudiados anteriormente — aplicados por la policía en el curso de la instrucción.¹⁸⁹ Esos métodos se basaban en la teoría de que “se supone por adelantado que los órganos enemigos trabajan en todos los dominios de la vida política

¹⁸⁶ *Ibid.*, pág. 24.

¹⁸⁷ *Ibid.*, pág. 21.

¹⁸⁸ *Ibid.*, págs. 22 y 23

¹⁸⁹ Véase el estudio de esta cuestión en el apartado D (Confesiones), págs. 324-325.

y económica". El ejemplo más sorprendente de tal método fué la ejecución, en 1952, de quince oficiales superiores del Ejército de tierra, mar y aire. Su proceso fué unido al del mayor-general Stanislaw Tatar, jefe de operaciones del Ejército polaco secreto durante la guerra, condenado por espionaje a prisión perpetua.

F. La sospecha equivale a culpabilidad

En *Unión Soviética*, el origen social, las actividades pasadas y el hecho de no seguir la línea del Partido, eran y son, en numerosos casos, razones suficientes para tratar a una persona de "enemigo del pueblo" y, por lo tanto, para hacerla comparecer ante un tribunal y condenarla. Ser tratado de "enemigo del pueblo" acarrea la condena. Refiriéndose al empleo de ese calificativo, Kruchef declaró:

Stalin inventó el concepto de 'enemigo del pueblo'. Este término hizo automáticamente innecesario que los errores ideológicos de los hombres expresados en una controversia se comprobasen; tal término hizo posible que se usaran los más crueles métodos de represión, violándose así todas las normas de la legalidad revolucionaria, cada vez que alguien estaba en desacuerdo con Stalin o que se sospechara en él una intención hostil, o simplemente que tuviese mala reputación. Por último, este concepto de 'enemigo del pueblo' eliminó todas las posibilidades de que se desarrollaran luchas ideológicas o de que alguien pudiese dar a conocer su punto de vista respecto a cualquier problema, aunque fuese de mero carácter práctico. Realmente, por lo general, la única prueba de culpabilidad valedera era la confesión (usada contra todas las normas de la ciencia jurídica actual), la cual, como se ha podido demostrar posteriormente, era obtenida mediante presiones físicas efectuadas contra el acusado.¹⁹⁰

Según Kruchef, la doctora Timatchuk escribió una carta a Stalin, en la cual afirmaba que los médicos aplicaban voluntariamente una terapéutica impropia:

A Stalin, una carta así le bastaba para llegar a la conclusión de que los médicos de la Unión Soviética conspiraban. Ordenó la detención de un grupo de eminentes especialistas y dió instrucciones sobre la forma de investigación y métodos de interrogatorio de los acusados. Ordenó que el académico Vinogradov fuese encadenado, y tal otro golpeado. El antiguo ministro de Seguridad del Estado, camarada Ignatiev, se halla presente en este Congreso como delegado. Stalin le dijo brutalmente: 'Si no obtiene las confesiones de los doctores, le cortaremos la cabeza.'¹⁹¹

La práctica soviética según la cual la duda sobre el origen social es considerada como una presunción de culpabilidad, es seguida asimismo en las democracias populares. En virtud de la nueva

¹⁹⁰ Kruchef, *op. cit.*, pág. 7.

¹⁹¹ *Ibid.*, págs. 40—41.

concepción – que se encuentra en su respectivo Código Penal – del crimen considerado como un “acto socialmente peligroso”, todas las personas que no sostienen de forma efectiva el régimen dominante, o que se oponen al mismo, son tratadas de “kulaks”, “capitalistas”, fascistas y “reaccionarios”, considerándolas en consecuencia como reales o presuntos “enemigos del pueblo”.¹⁹²

G. Procesos secretos

El Derecho *soviético* prevé los procesos secretos en numerosos casos. Si bien el artículo 103 de la Constitución de la URSS y la Ley sobre Organización Judicial de 1938 declaran que “los procesos deben desarrollarse en público, ante todos los tribunales de la URSS”, esta afirmación se ve completada por la frase “salvo en los casos previstos por la ley” y el Derecho *soviético* prevé que numerosos procesos deben ser juzgados en secreto. En primer lugar, la regla general sólo se aplica a los asuntos juzgados por los “tribunales” y no se aplica, por lo tanto, a los juzgados por los órganos del MVD y del KGB (antiguamente NKDV y Checa). En segundo lugar, los tribunales militares, que hasta estos últimos tiempos tenían competencia para poder juzgar diversos crímenes cometidos por civiles, pueden juzgar – y de hecho juzgan – sus procesos en secreto. Esto es cierto sobre todo por lo que se refiere a los procesos juzgados por el Consejo de Guerra del Tribunal Supremo. Un ejemplo es el proceso, en 1937, del general Tujatchevsky y los de los otros generales.

En *Polonia*, en el curso de los primeros años del nuevo régimen, se establecieron Salas de lo criminal especiales en el seno de cada tribunal de distrito, para que se ocupasen de los asuntos sobre los cuales recaía la aplicación del decreto del 16 de noviembre de 1945.¹⁹³ Por otra parte, en 1950 se creó en el ámbito de la Sala Cuarta del Tribunal Regional de Varsovia, así como en la del Tribunal Supremo y a petición del Fiscal general adjunto, una Sala de lo criminal especial para juzgar en secreto. Recientemente se descubrió que la Sala secreta del Tribunal Supremo juzgó en apelación 506 procesos, en los que se condenó a 396 personas. Varios procesos en los que se pronunciaron diversas penas de muerte no figuran en los archivos del Tribunal Supremo, por lo que resulta difícil hallar su traza.¹⁹⁴

Según los recientes informes de la Comisión de justicia del

¹⁹² El problema se estudia más ampliamente en el apartado D (Confesiones).
¹⁹³ Decreto relativo a los crímenes particularmente peligrosos durante el período de reconstrucción del Estado.

¹⁹⁴ *Zycie Warszawy*, 1 de noviembre de 1956; *Prawo i Zycie*, n° 17, 1956, pág. 5.

parlamento, los procesos secretos en los asuntos criminales, en particular los celebrados en la prisión de Mokotow (Varsovia), fueron organizados por la Policía de seguridad. Entre 1950 y 1954, fueron condenadas 628 personas. La citada Comisión reveló ulteriormente que esos procesos fueron dirigidos "en un espíritu de brutal violación del principio de justicia". Tales procesos fueron estrictamente secretos y las personas inculpadas se vieron privadas del derecho de elegir un abogado.¹⁹⁵

El Código de Procedimiento Penal de Hungría permite igualmente al tribunal no admitir la presencia del público en el proceso, si lo exige la necesidad de preservar un secreto de Estado o un secreto militar. Por lo general, la sentencia es pronunciada en público, pero tampoco está prohibido pronunciarla en secreto. Los abusos de los procedimientos secretos resultaban tan frecuentes, que el Fiscal general estimó necesario advertir:

... los ministros de Justicia, Interior y de Defensa, junto con el Fiscal general, determinarán de común acuerdo las condiciones legales susceptibles de salvaguardar los derechos de la defensa, incluso en los procesos en que la ley autoriza su celebración a puertas cerradas, en interés del secreto de Estado y de la moral.¹⁹⁶

H. Procesos sin la presencia del acusado

Una de las características del procedimiento penal soviético es el proceso desarrollado sin la presencia de las partes. Según el Código de Procedimiento Penal, "las partes" son el procurador, el acusado y su abogado. De 1934 a 1958, hubo casos en los cuales el proceso sin la presencia de las partes fué obligatorio para el tribunal. Los procesos implicando maniobras económicas subversivas, actos de terrorismo llevados a cabo contra los funcionarios soviéticos y actos de sabotaje,¹⁹⁷ deben de ser juzgados según ese procedimiento (Código Penal de la RSFSR, artículos 58-7, 58-8 y 58-9). Toda condena a pena de muerte debe ser ejecutada inmediatamente, no existiendo recurso alguno.¹⁹⁸ Estas dos leyes fueron derogadas el 19 de abril de 1956. Sin embargo, los manuales de Derecho contienen todavía la disposición del Código de Procedimiento Penal que deja a discreción del tribunal la decisión de juzgar un proceso criminal en presencia o ausencia de las partes. La única modificación introducida como consecuencia de la anulación de las leyes de 1934, es que

¹⁹⁵ *Nowy Swiat*, Nueva York, 17 de julio de 1957.

¹⁹⁶ Gyorgy Non, Fiscal general; Informe presentado al parlamento húngaro en la sesión del 31 de julio de 1956, pág. 1443.

¹⁹⁷ Código Penal de la RSFSR. Artículo 58, párr. 7, párr. 8 y párr. 9.

¹⁹⁸ Leyes del 19 de abril de 1934 y del 14 de septiembre de 1937, Recopilación de leyes de la URSS, artículo 454, 1937, texto 226.

ya no existen procesos que deban ser obligatoriamente juzgados sin la presencia de las partes. El artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de la RSFSR prevé la disposición siguiente:

La presencia del acusado y de la defensa en un proceso juzgado ante un Tribunal regional (*gubernia*) ya no es obligatoria, siendo estudiada en cada caso en el curso de una sesión ejecutiva del tribunal, teniendo en cuenta la complejidad del asunto, la medida en que está probado el crimen y el interés político o público particular del proceso. El Tribunal regional (*gubernia*) debe aceptar o designar un abogado de la defensa si se admite la presencia del procurador.

El hecho de que el acusado renuncie a la asistencia de un abogado no impedirá la admisión del procurador.

I. Sentencia condenatoria

1. Sentencias ordenadas

Otro rasgo característico del procedimiento penal soviético, tal como es efectivamente aplicado, es la condena pronunciada por orden y *ex post facto*. A este respecto, Kruchef declaró:

Se aceptó la viciosa práctica de permitir que la NKVD preparase listas de personas cuyos casos caían bajo la jurisdicción del tribunal militar y que las sentencias de esas personas se preparase de antemano. Yejov enviaba esas listas a Stalin para que las aprobase personalmente, así como los castigos impuestos. Entre 1937 y 1938, 383 de esas listas conteniendo los nombres de muchos miles de miembros del Partido, de los Soviets, del Komsomol, del Ejército y de la Economía, fueron enviadas a Stalin. Este las aprobó.¹⁹⁹

Los documentos publicados por las revistas de Derecho de *Polonia* revelan que la práctica de las sentencias ordenadas fué, en cierta medida, también seguida. Por ejemplo, en el curso de las detenciones en masa ordenadas por el Partido, particularmente las de los campesinos que no habían entregado al gobierno sus productos agrícolas, los jueces fueron convocados por los secretarios del Partido, los cuales les dieron instrucciones sobre las sentencias que tenían que dictar. Incluso esos secretarios señalaron en diversos casos particulares, antes de la celebración del proceso, la duración de la condena.²⁰⁰

2. Sentencias "ex post facto"

La práctica de las sentencias pronunciadas *ex post facto* fué revelada por Kruchef en su discurso del 25 de febrero de 1956. Declaró:

¹⁹⁹ Kruchef, *op. cit.*, pág. 24.

²⁰⁰ *Prawo i Zycie*, n° 16, 1956, págs. 3 y 6.

Deseo recordar la forma bestial en que Beria manejó los casos de Kedrov, Golubiev y la madre adoptiva de éste, Baturina. Todas estas personas querían informar al Comité Central sobre las pérdidas actividades de Beria. Se les fusiló sin previo juicio y la sentencia fué pronunciada después de su ejecución.

A este respecto, cabe señalar que en general el Código Penal soviético y los comentaristas rusos se abstienen de pronunciarse sobre la retroactividad de la ley penal de la URSS. Sin embargo, ciertas disposiciones del Código y otras leyes particulares,²⁰¹ promulgadas ulteriormente, prevén que los actos cometidos antes de la entrada en vigor del Código y de dichas leyes particulares serán castigados con la pena de muerte.

En el propio Código, el artículo 58 contiene la disposición siguiente:

Artículo 58, párrafo 13. — Todo acto u oposición activa contra la clase obrera o el movimiento revolucionario por parte de una persona que haya ocupado un puesto de responsabilidad o de confianza (agente secreto) durante el régimen zarista, o que haya trabajado para un gobierno contrarrevolucionario durante la guerra civil, será castigado de acuerdo con las medidas de defensa social definidas por el artículo 58, párrafo 2, del Código (la persona es fusilada).

El último caso conocido de aplicación de este artículo es el de Beria, antiguo jefe de la policía secreta durante el régimen stalinista, el cual fué condenado en diciembre de 1953 por haber combatido activamente el movimiento revolucionario y haber estado en contacto con un agente de uno de los gobiernos transcaucasicos durante la guerra civil.²⁰²

Por lo que se refiere a los Estados bálticos — *Estonia, Letonia y Lituania* —, anexionados por la Unión Soviética en 1940 e integrados como Repúblicas de la URSS, el Código Penal de la RSFSR fué aplicado en ellos con efecto retroactivo. No se tuvo en cuenta para nada el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y los actos cometidos con anterioridad al establecimiento del régimen soviético en las nuevas Repúblicas Soviéticas fueron objeto de diligencias judiciales según las leyes penales soviéticas. El artículo 3 de la Ordenanza del Presidium Federal del 6 de noviembre de 1940²⁰³ está redactado así:

²⁰¹ Entre las leyes particulares, puede citarse: Resolución del Comité Ejecutivo Central de la URSS, del 21 de noviembre de 1929 (Recopilación de Leyes de la URSS, 1929, n° 76, texto 732).

²⁰² *Pravda e Izvestia*, del 24 de diciembre de 1953; véase asimismo V. Gsovski, *The Concept of a Totalitarian State* (La concepción totalitaria del Estado), La Haya, 1955, pág. 61.

²⁰³ *Vedomosti*, 1940, n° 46.

Artículo 3. Las diligencias judiciales contra los delitos cometidos en Lituania, Letonia y Estonia antes del establecimiento del régimen soviético en esos países, así como los juicios sin apelación y la conducción de los asuntos diferidos ante el tribunal — habiendo sido iniciadas las diligencias por los órganos competentes de Lituania, Letonia y Estonia — deben respetar las disposiciones de los Códigos de la RSFSR.

De acuerdo con estas disposiciones, millares de estonios, letones y lituanos fueron objeto de procesos y de severas condenas. La misma Ordenanza preveía, además, que las sentencias dictadas en materia penal antes del establecimiento del régimen soviético pero aún sin ejecutar, deberían ser objeto de nuevo examen a la luz del Derecho penal soviético y que todos los asuntos e investigaciones en curso tenían que ser asimismo conducidos de acuerdo con el Derecho soviético.

PROCEDIMIENTO CIVIL

A. Introducción

El procedimiento civil de tipo soviético es parecido al de los demás países de Derecho civil. En cierta época, algunos juristas soviéticos estimaban que su Código de Procedimiento Civil estaba directamente traducido del Derecho capitalista. Sin embargo, a partir de 1936 esta concepción fué considerada como errónea por las autoridades dirigentes soviéticas. Estas señalan que el procedimiento civil soviético es socialista por naturaleza, puesto que "tiene sus orígenes en la dictadura del proletariado y por objetivo proteger el sistema económico socialista y las nuevas relaciones sociales del socialismo que son signo de la victoria del socialismo".²⁰⁴ No obstante, un estudio de los resortes principales del procedimiento civil soviético muestra pronto un cuadro similar al de las instituciones de no importa qué país europeo, con sólo algunos puntos particulares de divergencia. Empero, las diferencias en los principios fundamentales de la administración de la Justicia y en la actitud del Tribunal soviético prevalecen sobre las similitudes en los detalles. El procedimiento civil soviético es algo así como un inmueble nuevo construído con material viejo.

B. Poderes generales del tribunal

1. Histórico

Contrariamente al tribunal correccional, el tribunal civil europeo

²⁰⁴ *Grajdanski Protsess, Outchebnik* (Manual de Procedimiento Civil), 1938, pág. 8.

se semejaba mucho más a un tribunal norteamericano; es decir, que ejercía las funciones de un árbitro cuyo papel en la reunión de pruebas estaba reducido al mínimo. La mayor parte de los Códigos europeos de procedimiento civil se hallaban dominados por estas dos reglas: *Judex ne procedat ex officio* (un juez civil no obra por iniciativa propia), y, por lo tanto, la posición de éste respecto al procedimiento estaba determinada por el principio *da mihi factum dabo tibi jus* (o sea, que la determinación de los hechos era dejada a las partes, mientras el papel del juez quedaba limitado exclusivamente a la aplicación de la ley). Así, el Código imperial ruso de Procedimiento Civil de 1864, disponía:

Un tribunal no puede, en ningún caso, reunir él mismo las pruebas o informes, sino que debe basar su decisión únicamente en las pruebas presentadas por las partes.²⁰⁵

Sin embargo, el tribunal estaba autorizado a llamar la atención de las partes sobre la falta de pruebas en apoyo de un hecho material y darles la ocasión de llenar esta laguna.²⁰⁶

Por el contrario, en el curso de los siglos XIX y XX logró un remozamiento la antigua doctrina prusiana de instrucción judicial, tal como fué expuesta en la Ordenanza sobre el procedimiento prusiano de 1793; se la encuentra asimismo en el Código austríaco de 1895, en el Código húngaro de 1911, en el Código polaco de 1932 y en el Código jugoeslavo de 1929. Según todos esos Códigos, un tribunal civil puede ordenar la presentación de las pruebas que no fueron ofrecidas por las partes, a condición de que el tribunal haya conocido su existencia por las actas de audiencia o por las defensas o conclusiones de las partes, bien sean escritas u orales. No obstante, el tribunal no puede ordenar la presentación de testimonios y de documentos si las dos partes se oponen.

2. Unión Soviética

El Código *soviético* actualmente en vigor atribuye un papel activo al tribunal civil y le otorga un poder ilimitado para ordenar la presentación de pruebas. El tribunal no se limita a escuchar la exposición de las partes y a examinar los documentos que éstas le presentan; debe también velar, una vez las partes interrogadas, para que todos los hechos esenciales del asunto sean precisados y corroborados mediante pruebas.²⁰⁷ El tribunal decide, de manera discrecional, si debe aceptar o no el que una parte renuncie a sus

²⁰⁵ Artículos 367 y 82.

²⁰⁶ Artículo 368.

²⁰⁷ Artículo 5.

derechos o simplemente a asegurar su defensa ante el mismo.²⁰⁸ Por la tanto, el tribunal no queda ligado, por ejemplo, por un reconocimiento de deuda, etc.

Todo esto muestra el riesgo corrido por una parte en el proceso ante el tribunal civil soviético actual: desde que inicia el procedimiento, pierde el control del mismo.

3. *Repúblicas Populares*

En este dominio, los tribunales *albaneses*, *búlgaros*²⁰⁹ y *húngaros* gozan de los mismos poderes que el tribunal de la Unión Soviética, mientras que en *Rumanía* el Código estipula que un juez puede ordenar, además, la presentación de las pruebas aunque se opongan las partes.²¹⁰ Sin embargo, el Código rumano nada dice respecto a si un tribunal dispone del poder discrecional de aceptar la renuncia a sus derechos de una de las partes.²¹¹

En *Hungría*, la aceptación de tal renuncia está prohibida si el tribunal estima que es contraria a los intereses de las partes, incluso si la parte interesada la mantiene después de haber sido informada por el tribunal de sus derechos e intereses.²¹²

En *Checoslovaquia*, el abandono por una de las partes no es válido más que en el caso de que haya sido hecho a tiempo, es decir, antes de que la decisión *in re* no se convierta en definitiva y si el tribunal lo ha aprobado; la aprobación es nula si es contraria a la ley o al interés público. Idénticos principios se aplican igualmente al reconocimiento por una de las partes de la queja de su adversario; por otra parte, el tribunal no debe aprobar tal reconocimiento en los casos de divorcio o anulación de matrimonio, o cuando se trata de una decisión relativa a la cuestión de saber si hubo o no matrimonio.²¹³

Por lo que respecta a la renuncia de derechos, el Código *yugoeslavo* se aparta por completo de los principios soviéticos y autoriza expresamente a una de las partes a retirar su queja, a admitir la queja de la otra parte o bien a hacer una transacción, a condición de que no se violen las disposiciones obligatorias relativas a la organización de la supuesta "propiedad pública" (del gobierno), ni cualquier otra disposición legislativa obligatoria.²¹⁴

En *Polonia*, el tribunal es igualmente responsable de la ad-

²⁰⁸ Artículo 2.

²⁰⁹ Artículos 4, 127 y 129.

²¹⁰ Artículos 129—130 y 114, párr. 2; 8 *Justitia Noua* 1402 (1956).

²¹¹ Artículos 246 y 247.

²¹² Ley n° III de 1952, tal como fué enmendada y publicada en su texto íntegro por la Ley n° VI de 1954, artículo 4.

²¹³ Artículos 74—77, 153, 161, 177 y 236.

²¹⁴ Artículo 3 de la Ley del 8 de diciembre de 1956.

ministración de la justicia “de acuerdo con la voluntad y los intereses de los trabajadores”, así como de la contribución de la justicia “a la edificación del socialismo”.²¹⁵ Tal como fué expuesto en la sesión plenaria del Tribunal Supremo, ese poder ilimitado es otorgado a los tribunales porque “el Estado tiene interés en el descubrimiento de las verdaderas relaciones económicas y sociales que son origen de las acciones en justicia”. En consecuencia, el tribunal puede no limitarse al examen de las conclusiones redactadas por las partes, o reconocidas por una u otra de esas partes, y verificar los hechos por medio de una investigación verificada en buena y debida forma fuera del proceso.²¹⁶ El reconocimiento por el acusado de la queja del demandante tampoco es obligatorio para el tribunal.²¹⁷

C. Poderes especiales del tribunal

1. Unión Soviética

Además de los poderes generales de control de los debates en un proceso civil, el tribunal *soviético* está asimismo dotado de un cierto número de poderes especiales. Por ejemplo, puede juzgar sobre la exageración de una demanda de reparaciones, salvo si la suma pedida fué establecida mediante contrato o disposición legislativa.²¹⁸ También puede, por propia iniciativa, ordenar la presentación de pruebas que no hayan sido ofrecidas por una de las partes²¹⁹ o asimismo un documento particular.²²⁰

El Código de Procedimiento Civil soviético no menciona la posibilidad de poner término a un litigio mediante una transacción. Hasta 1928, el Tribunal Supremo de la RSFSR no decidió que la transacción quedaba autorizada durante todas las fases del procedimiento, “a condición de que no escape al control del tribunal y quede sometida a la verificación de éste último”.

El Código soviético no conoce el juicio en rebeldía: el Código prevé expresamente que la no comparecencia de una de las partes citadas no impide que la causa sea juzgada por completo y se dicte sentencia.²²¹ Pero, si las dos partes no comparecen y no depositan las conclusiones para que el asunto sea juzgado sin su comparecencia,

²¹⁵ “Los derechos y deberes de los tribunales a la luz de las resoluciones del Pleno del Comité Central del Partido Obrero Unificado de Polonia”, *Nowe Prawo*, n° 2, 1954, pág. 5.

²¹⁶ Resolución adoptada por la sesión plenaria del Tribunal Supremo el 12 de febrero de 1955. *Panstwo i Prawo*, n° 7—8, 1954, págs. 288—291.

²¹⁷ Artículos 216, pár. 2; 218, pár. 1; y 238, pár. 1.

²¹⁸ Artículo 218, pár. 2.

²¹⁹ Artículo 179.

²²⁰ Artículos 118 y 121.

²²¹ Artículo 140.

los Códigos de las diversas Repúblicas prevén diversas consecuencias.

Cualquier tribunal superior soviético puede transferir una causa a otro tribunal inferior.²²² El Tribunal Supremo de la RSFSR puede ocuparse él mismo del asunto.²²³

2. Repúblicas Populares

Todos los Códigos de las Repúblicas Populares contienen, en general, disposiciones similares a las del Código soviético referentes a los poderes especiales de que disponen los tribunales para dirigir el procedimiento en las causas civiles.

Sin embargo, el derecho del tribunal a juzgar sobre la exageración de una demanda de reparaciones no parece popular en esos países. En efecto, tal derecho no es reconocido a los tribunales *checoeslovacos*, *húngaros*²²⁴ y *yugoeslavos*.²²⁵ En *Polonia*, la regla es que el tribunal no puede juzgar respecto a la exageración de una demanda. Sólo existe una excepción a esta regla: cuando la parte litigante es el Tesoro Público o un órgano económico sometido *al arbitraje* del gobierno y que la cantidad demandada no está determinada por un contrato o texto legislativo especial. Esta excepción se aplica igualmente a las declaraciones que tienen por origen cuestiones referentes a una pensión alimenticia, a relaciones de trabajo o al pago de indemnización como reparación de un acto ilícito.²²⁶ Los Códigos *rumano* y *búlgaro* no contienen ninguna disposición que confiera al tribunal el derecho de juzgar *ultra petita* (por encima de la demanda de reparación).

La solución de un litigio mediante transacción se encuentra corrientemente en el procedimiento civil de las Repúblicas Populares. En *Albania*, la regla general es que el tribunal debe siempre intentar llegar a una transacción.²²⁷ En virtud del Código *búlgaro*, la solución de un litigio mediante transacción es posible, pero debe ser sometida a la aprobación del tribunal y "no hallarse en contradicción con el Derecho y las reglas de vida de la comunidad socialista".²²⁸ En *Checoeslovaquia*, las partes pueden intentar un arreglo transaccional de su litigio, ora fuera del tribunal ora durante el proceso, a condición de que la naturaleza de la queja permita la transacción y que ésta sea aprobada por el tribunal como legal y no

²²² Artículo 98.

²²³ Artículo 32.

²²⁴ Artículo 24.

²²⁵ *Pp.*, artículo 215.

²²⁶ Artículo 2.

²²⁷ Artículo 329.

²²⁸ Artículo 4 de la Ordenanza n° 2579 del ministro de Justicia, G. Z. n° 102 de 1946.

contraria a los intereses públicos.²²⁹ En el Derecho *polaco*, la transacción está admitida en cualquier período del proceso, mas "debe ser aceptada por el tribunal".²³⁰ Igual acontece con el Código *yugoeslavo*, que prevé esa posibilidad a condición de que la transacción no viole las disposiciones legislativas obligatorias.²³¹ El Código *húngaro* exige la aprobación del tribunal en caso de transacción, el cual puede negarla si ésta última es contraria al Derecho.²³² En *Rumanía*, la transacción está prevista por el Código, el cual contiene una disposición particular a este respecto: si la transacción es aprobada, no hay apelación posible.

La mayor parte de los Códigos de las Repúblicas Populares admiten la posibilidad del juicio en rebeldía.²³³ El de *Hungría* se inspira del Código soviético y no admite el juicio en rebeldía. Sin embargo, si las dos partes o si el demandante no comparecen a la primera audiencia del proceso, el tribunal difiere la causa con toda clase de reservas; si no comparece el defensor, el tribunal juzga el fondo del asunto.²³⁴ El Código de Procedimiento Civil *rumano* actualmente en vigor, al contrario del Código de 1900, no contiene disposiciones referentes a estas reglas de procedimiento.

En *Albania*, un tribunal superior puede declararse siempre competente en reemplazamiento de un tribunal inferior o, por el contrario, declarar a éste último competente. El Código *búlgaro* prevé expresamente que la presunción de competencia de un tribunal superior está autorizada,²³⁵ pero nada dice sobre si un asunto debe ser transferido a otro tribunal inferior. En *Checoslovaquia*, el tribunal superior (es decir, los tribunales regionales o el Tribunal Supremo) puede desasirse del asunto en ciertos casos sin que sea afectado el grado de jurisdicción.²³⁶ El Tribunal Supremo puede, a petición de su presidente o del Fiscal general, transferir la causa a otro tribunal del mismo grado o a un tribunal superior, o bien asumir la competencia del tribunal de apelación que le está subordinado (tribunal regional) y juzgar el asunto por sí mismo. En virtud del Derecho *polaco*, ningún cambio en la competencia territorial, ninguna presunción de competencia, ni ninguna transferencia de una causa a otro tribunal inferior son posibles. En *Rumania*, el derecho de hacerse cargo de las causas juzgadas por los tribunales inferiores fué instaurado mediante el artículo 9 de la Ley n° 5 de 1952 e

²²⁹ Artículos 109 y 125.

²³⁰ Artículos 40, 75 y 76.

²³¹ Artículos 105 y 453.

²³² Artículo 310.

²³³ *Pp.*, artículo 148.

²³⁴ Bulgaria, artículo 107; Checoslovaquia, artículos 77—79; Polonia, artículos 345—354; Yugoestavia, artículo 321.

²³⁵ *Pp.* artículo 136.

²³⁶ Artículo 80.

introducido en el Código de Procedimiento Civil por el decreto n° 132 del 19 de junio de 1952. Este derecho, empero, no fué recogido por la Ley n° 2 del 6 de abril de 1956, que modificó la anterior de 1952. En *Yugoeslavia*, estas cuestiones están sometidas a una reglamentación un poco distinta. El Código yugoeslavo sólo permite a un Tribunal Supremo (de una República) desasirse de una causa "si es evidente que la dirección de los debates será facilitada o si existe otra razón importante".²³⁷ Además, el Código yugoeslavo no prevé la posibilidad de que un tribunal superior se declare competente para juzgar un asunto determinado o transferirlo a otro tribunal. Por último, el Código *húngaro* está inspirado en el modelo soviético, por lo que a todas estas cuestiones se refiere.

D. Poderes del procurador en materia civil

1. Unión Soviética

En los procesos civiles *soviéticos*, los procuradores (procuradores de distrito) desempeñan un activo papel, puesto que pueden iniciar un proceso civil o intervenir en cualquier fase del procedimiento "si, a su parecer, lo exige la protección de los intereses del Estado o de las masas laboriosas".²³⁸ Hay que destacar el derecho que tienen de abrir por sí mismos un proceso civil.²³⁹ En tales causas, el procurador no interviene como parte en el proceso, pero goza de todos los derechos inherentes a la misma. El tribunal puede decidir que la participación del procurador se impone en tal causa determinada y esa decisión es obligatoria para éste último.²⁴⁰ Una causa no puede ser llevada ante el Tribunal Supremo Federal (Tribunal Supremo de la URSS) más que a petición del Fiscal general o del presidente de un Tribunal Supremo.

2. Repúblicas Populares

En general, en todas las democracias populares el procurador desempeña en un proceso civil el mismo papel que en Unión Soviética. Puede iniciar una acción civil o intervenir en cualquier proceso civil juzgado por los tribunales y en no importa que fase del procedimiento, sin consideración de los intereses de las partes en litigio. La participación de un procurador en un proceso civil está generalmente justificada en los Códigos de estos países por la fórmula:

²³⁷ Artículo 17.

²³⁸ Artículo 62.

²³⁹ Artículo 2.

²⁴⁰ Artículo 2a.

“Si lo exige la protección de los intereses del Estado o de los intereses públicos”.²⁴¹ Por ejemplo, un procurador polaco no está ligado por ningún acto de las partes y puede hacer declaraciones concluyentes, depositar conclusiones y proporcionar cualquier medio de prueba que juzgue apropiado. Asimismo puede interponer apelación y pedir la revisión *ex officio* de una causa juzgada de manera definitiva por un tribunal.²⁴² En virtud de los Códigos *polaco* y *búlgaro*, la autoridad de cosa juzgada de una sentencia dictada en una acción emprendida por un procurador se aplica a las partes que no han tomado parte en el proceso pero en cuyo interés el procurador inició la acción en cuestión.²⁴³ Los juristas *rumanos* declaran que un tribunal no puede impedir que un procurador intervenga en un proceso.²⁴⁴ En *Yugoeslavia*, según la ley relativa a la función del Fiscal general del 22 de julio de 1946, la situación y papel de los procuradores eran semejantes a los de los procuradores de la Unión Soviética. Sin embargo, en virtud de la ley del 24 de noviembre de 1954, un procurador no tiene derecho a intervenir en los procesos civiles, salvo para hacer uso de su privilegio de concluir “en el sentido de la protección de la ley” cuantas veces la ley ha sido violada por una decisión del tribunal y el interés público lo exige.²⁴⁵

E. Causas que escapan a la competencia de los tribunales civiles

1. Unión Soviética

En *Unión Soviética*, un gran número de desavenencias que corresponden al Derecho civil escapan a la competencia del tribunal y han pasado a otros órganos. Quiere esto decir, en primer lugar, que las desavenencias surgidas, por ejemplo, entre las empresas estatales y las empresas comerciales, dependen de la competencia de órganos especiales que llevan el nombre de “arbitraje del gobierno”, y que son estudiados en otro lugar. Y en segundo, varias clases de desavenencias de orden civil que surgen entre particulares o acusan a estos últimos, dependen de las autoridades administrativas. En el curso de las diferentes fases de evolución del régimen soviético, “el problema de la inmunidad de jurisdicción, por lo que se refiere a una u otra categoría de desavenencias relativas a derechos privados personales, fué resuelto de diferentes maneras”.²⁴⁶

²⁴¹ Artículo 12.

²⁴² Véase, por ejemplo, Bulgaria, artículo 29; Polonia, artículo 90.

²⁴³ Artículos 90—94.

²⁴⁴ Código polaco, artículos 365, 367—368; Código búlgaro, artículos 223 y siguientes.

²⁴⁵ 4 *Justitia Noua* 507 (1945) y 6 *Justitia Noua* 952 (1956).

²⁴⁶ Artículo 389.

En la época actual, las desavenencias siguientes dependen de las autoridades administrativas, con la reserva de que la enumeración no es limitativa, pues se refiere sólo a las más corrientes: a) las referentes a la propiedad agrícola (reparto de parcelas de terreno y retirada del derecho de disfrute de la propiedad), pertenencia a una granja colectiva y expulsión de la misma, etc.; b) las relativas a los despidos de agentes ejecutivos de ciertas categorías; c) aplicación de los Códigos de disciplina dictados respecto a empleados de determinadas ramas de la industria; d) expulsión de ciertas categorías de alojamientos y otras discordias suscitadas a propósito del alojamiento;²⁴⁷ e) determinados problemas referentes a las relaciones familiares (atribución de apellidos a niños cuyos padres los usan distintos, apelación de actos de tutores, etc.).

2. Repúblicas Populares

Inspirándose del modelo soviético, todos los sistemas jurídicos actualmente en vigor en las Repúblicas Populares suprimen de la competencia de los tribunales civiles ciertas categorías de desavenencias que se plantean en Derecho civil. Es así que la solución de las cuestiones de propiedad entre las organizaciones económicas socialistas está prevista en todas esas Repúblicas. Dicha solución pertenece a organismos especiales denominados "órganos de arbitraje del gobierno" (en *Yugoeslavia*, tribunales económicos). Esos órganos fueron establecidos²⁴⁸ en *Albania* mediante el decreto n° 728 de 1949; en *Bulgaria*, por medio de la ley del 31 de mayo de 1950; en *Checoslovaquia*, por la ley n° 99 del 13 de julio de 1950 y el decreto ministerial n° 139 del 17 de octubre del mismo año; en *Polonia*, merced al decreto del 5 de agosto de 1949; en *Rumanía*, mediante la ley del 15 de junio de 1949; y, en *Hungría*, por medio de una resolución n° 2850 de 1949. Sin embargo, el decreto n° 51 de 1955 concedió la necesaria competencia para la solución de las desavenencias surgidas entre las empresas estatales a los tribunales civiles, salvo si esas desavenencias corresponden a contratos de entrega de mercancías, en cuyo caso los únicos competentes son los órganos de arbitraje. En *Yugoeslavia*, el órgano de arbitraje del gobierno fué establecido ya en 1946, mediante las leyes n° 437 y n° 721, pero se vió reemplazado por los tribunales económicos creados por el artículo 1 de la ley de 1954 sobre la organización judicial.

²⁴⁷ Kleinman, redactor-jefe: *Grajdanskii protsess* (Procedimiento civil), 1940, págs. 90—92; *Grajdanskii protsess* (Procedimiento civil), 1946, pág. 46.

²⁴⁸ Reglamentada por la Ordenanza del 19 de septiembre de 1953, que no fué publicada en *Vedomosti*, pero sí en *Sbornik zakonov SSSR*, 1938—1956, Moscú, 1956, pág. 367. Fué enmendada mediante la Ordenanza, *Vedomosti* 1957, texto 294.

Igual acontece con las otras categorías de desavenencias en materia civil que escapan a la competencia de los tribunales civiles. En *Polonia*, por ejemplo, ciertos asuntos referentes a cuestiones de alojamiento son juzgados por las autoridades administrativas; en *Bulgaria*, un determinado número de desacuerdos que se plantean respecto a cuestiones de trabajo, así como a las relaciones en el interior de las granjas colectivas, son juzgados fuera de los tribunales civiles;²⁴⁹ en *Rumanía*, la Comisión de Control del Estado y el Departamento de Construcción²⁵⁰ se ocupan de las desavenencias planteadas sobre cuestiones que son competencia de dichos organismos.

²⁴⁹ Resolución del Consejo de Ministros n° 151, *IPNS* n° 16, 22 de febrero de 1952; Estatuto modelo de la granja colectiva, *DV* n° 12, 13 de mayo de 1950.

²⁵⁰ Decisión n° 811 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del 16 de octubre de 1954.

NOTAS

INTERCEPTACION DE LAS COMUNICACIONES TELEFONICAS (LOS CUADROS DE ESCUCHA) ESTUDIO COMPARADO *

I

El 29 de junio de 1957, se constituyó en el Reino Unido un Comité de consejeros privados (Sir Norman Birkett, Sir Walter Monckton y Mr. P. C. Gordon Walker), "con el fin de examinar cómo el Secretario de Estado ejerce su poder de interceptar las comunicaciones telefónicas y sobre todo averiguar el origen de su competencia en la materia, así como ver en qué medida y con qué propósito fué ejercido ese poder y el uso hecho de los informes así obtenidos, y, finalmente, hacer las debidas recomendaciones con el objeto de determinar si ese poder debe ejercerse, cómo y en qué condiciones, así como las circunstancias en que los informes obtenidos por ese medio pueden ser utilizados o divulgados con entero conocimiento." El poder de interceptar las comunicaciones postales fué ya objeto de un estudio por parte de un Comité secreto de las dos Cámaras del Parlamento en 1844; pero el telégrafo no se inventó hasta ese mismo año y el teléfono lo fué en 1876. En

* Véase *Eavesdropping and Wiretapping Report of the New York State Joint Legislative Committee to Study Illegal Interception of Communications* (Informe sobre la interceptación de las comunicaciones y los cuadros de escucha, establecido por el Comité legislativo mixto del Estado de Nueva York encargado de estudiar las interceptaciones ilegales de las comunicaciones), Estado de Nueva York, marzo de 1956, Albany Williams Press, Inc., 1956, 86 páginas (sin indicación del precio); *Report of the Committee of Privy Councillors appointed to inquiry into the Interceptions of Communications* (Informe del Comité de consejeros privados encargado de estudiar las interceptaciones de las comunicaciones), Londres, Her Majesty's Stationary Office, Cmnd 283, octubre de 1957, 43 páginas (precio: 1 chelín y 9 peniques). La Comisión Internacional de Juristas sometió al Comité de consejeros privados, a petición del mismo, una documentación relativa a la legislación y jurisprudencia de varios países europeos. En la preparación de esta documentación, la Comisión recibió el concurso del Profesor Mast (Bélgica), del Doctor Suontausta (Finlandia), del Abogado M. Kreher (Francia), del Profesor Schneider (Alemania), del Profesor Van Bemmelen (Países Bajos), del Profesor Castberg (Noruega), del Profesor Graven y de Pierre Lavile (Suiza) y, por último, del Profesor Munktell (Suecia). También hemos de agradecer la ayuda prestada por el señor Philip Amram, abogado del Colegio de Washington, y por el Departamento jurídico de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos.

realidad, los cuadros de escucha y los numerosos medios de "interceptación" aún más recientes, como los micrófonos, magnetófonos y emisoras de onda corta, apenas eran conocidos por las Asambleas legislativas y los Tribunales. En las conclusiones del Comité de consejeros privados, se encuentra una de las razones de ese aparente descuido de lo que habría podido constituir una peligrosa ingerencia en la vida privada: en este país, "nadie intercepta o ha interceptado las comunicaciones telefónicas sin previa autorización",¹ lo cual se refiere a los simples particulares y no a las personas que obran con autorización del Secretario de Estado.

El informe del Comité de consejeros privados explica que la interceptación de las comunicaciones telefónicas por particulares no puede ser probada, teniendo en cuenta que esta clase de interceptación resulta, del punto de vista técnico, mucho más difícil de realizar en el Reino Unido que en los Estados Unidos.²

Por otra parte, la legislación sobre la interceptación de las comunicaciones telefónicas por las autoridades y por los particulares fué atentamente estudiada por el Estado de Nueva York,³ habiendo sido reglamentada mediante una ley hace unos quince años, aproximadamente.⁴

Sin embargo, la aplicación de las leyes existentes en materia de cuadros de escucha ha planteado numerosas dificultades. Además, se ha evidenciado que el recurso a otros medios de escucha, tales como los micrófonos, magnetófonos y emisoras de onda corta, con el propósito de recoger informaciones, ha provocado una inquietud todavía mayor.

Los informes que hemos mencionado se refieren, respectivamente, a problemas que interesan de manera directa a cada uno de estos dos países: (a) en Estados Unidos, y particularmente en Nueva York, se hace sentir la necesidad de una legislación que reglamente la interceptación de las comunicaciones telefónicas y se nota el deseo de llegar a una aplicación más estricta de las disposiciones existentes en la materia, y (b) en el Reino Unido, se siente la necesidad de un control jurisdiccional de los procedimientos de interceptación utilizados por el Ejecutivo. Se citará igualmente la legislación de otros países, puesto que el problema es de suma importancia para la aplicación práctica de la Regla de Derecho.

II

La legislación de los Estados Unidos, que es la más completa en la materia, debe ser estudiada en primer lugar. El informe del

1 Párrafo 129 del Informe del Comité de consejeros privados.

2 Véase la página 130 del Informe del Comité de consejeros privados.

3 Y por otros Estados. Véase nota 10 *infra*.

4 Véase la página 351.

Comité legislativo mixto del Estado de Nueva York pasa en revista las disposiciones del *Common Law* relativas a la interceptación de las comunicaciones, así como las leyes federales y las del Estado de Nueva York. El informe menciona, ante todo, los "Comentarios de Blackstone",⁵ que definen el delito de interceptación de la manera siguiente: "Los que escuchan a través de las puertas, de las paredes o de las ventanas de una casa, con el propósito de sorprender una conversación y de crear a base de ella historias calumniosas y malévolas, constituyen una molestia para todos..." El Artículo 721 del Código Penal del Estado de Nueva York, que establece como delito la interceptación de las conversaciones, prevé que "una persona que merodea a escondidas alrededor de una casa con la intención de sorprender una conversación, de repetir o publicar ésta última para vejar, enojar o injuriar a otro, se hace culpable de un delito (*misdemeanor*)." Esta disposición no pasó de ser letra muerta, porque la prueba del delito resultaba harto difícil. Cuando fué introducido el telégrafo, y luego el teléfono, el legislador del Estado de Nueva York decidió que el hecho de causar intencionadamente daño en las líneas telefónicas y telegráficas constituía un delito de felonía (*felony*),⁶ y desde 1881 se considera como un crimen el hecho de enterarse del contenido de un mensaje gracias a la complicidad de un empleado de teléfonos a de telégrafos.⁷

Jamás se estimó ilegal la interceptación de las comunicaciones con el objeto de descubrir un crimen. Esta práctica parece estar bien establecida desde principios de siglo, no obstante jamás haber sido oficialmente autorizada.⁸ Durante la Ley Seca, los funcionarios locales y federales utilizaron frecuentemente el procedimiento de interceptación de mensajes telefónicos, lo cual provocó encendidas críticas. Sin embargo, a veces el derecho de los funcionarios de interceptar las comunicaciones se hallaba garantizado por la Constitución. Una enmienda de la Constitución del Estado de Nueva York dispone:⁹ "El derecho del pueblo a ser protegido contra toda interceptación abusiva de las comunicaciones telefónicas y telegráficas no debe ser violado, no debiendo darse órdenes a espaldas del interesado más que mediante previo juramento o a consecuencia de una declaración que hace de juramento y mediante la cual el fun-

⁵ Tomo IV, capítulo 13.

⁶ Artículo 134 del Código Penal, relativo a los perjuicios causados intencionalmente; Artículo 1423, párrafo 6.

⁷ Artículo 552 del Código Penal del Estado de Nueva York.

⁸ En el asunto *People c. Heberd* 96 Misc. 617, 162 N.Y. Supp. 80, 84, en el que el Comisario de policía fué acusado de haberse "enterado ilegalmente de las conversaciones telefónicas, si bien lo hizo con el propósito de descubrir al autor de un crimen". Mr. Greenbaum, juez de la Corte Suprema del Estado de Nueva York no retuvo esta acusación, "por la razón evidente que el inculpaado no cometió el crimen".

⁹ Artículo I, párrafo 12.

cionario encargado de la interceptación jura que existe una razón valedera de creer que las pruebas del crimen pueden ser obtenidas así; la orden debe definir con precisión los medios de comunicación y, sobre todo, designar la persona o las personas cuyas comunicaciones deben de ser interceptadas, así como el objetivo perseguido." Esta enmienda fué adoptada por los dos partidos políticos, y en 1942 la Asamblea Legislativa adoptó el Artículo 813 del Código de Procedimiento Penal, que contiene las disposiciones relativas a la interceptación de las comunicaciones telefónicas, autorizada por decisión de los Tribunales. Sin embargo, ningún otro Estado adoptó medidas legislativas para prever el control de esas interceptaciones por el judicial.

El Artículo 813 merece ser examinado con atención. La demanda de autorización de interceptación de las comunicaciones telefónicas, puede ser dirigida a cualquiera de los jueces de la Corte Suprema de Nueva York, o a un juez de un Tribunal de Condado o de un Tribunal de "general sessions." Esta petición puede ser apoyada mediante una declaración jurada de un procurador de distrito o del procurador general, o de un oficial de policía de categoría superior a la de sargento, declaración por la cual esas personas: (a) juran que existen razones válidas de creer que la prueba del crimen puede ser obtenida así, (b) indican el número de la línea telefónica, y (c) designan la persona o las personas cuyas comunicaciones deben ser interceptadas, y precisan el objeto de esa interceptación. El juez puede exigir pruebas, presentadas oralmente mediante previo juramento. La autorización puede ser concedida por un período que no exceda de seis meses.

La interceptación de las comunicaciones telefónicas por un particular fué prohibida en el Estado de Nueva York, mediante el Artículo 522 del Código Penal adoptado en 1892. En 1949, el Artículo 522 A completó ese artículo estableciendo como delito el hecho de hallarse en posesión de "un medio, de un procedimiento, de una máquina o de un aparato destinado o habitualmente utilizado para interceptar las comunicaciones telefónicas." La interceptación de las comunicaciones telefónicas por un particular está igualmente prohibida en otros numerosos Estados.¹⁰

El derecho federal relativo a la interceptación de las comunicaciones está contenido en el Artículo 605 de la Ley Federal sobre Comunicaciones, el cual prohíbe la interceptación de todo mensaje telegráfico sin autorización del remitente: "nadie que no esté autorizado por el remitente puede interceptar la comunicación ni divulgar o publicar la existencia o el contenido." En el asunto *Nardone*

¹⁰ Por ejemplo: Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Delaware, Florida, Illinois, Iowa, Luisiana, Michigán, Montana, Nebraska, Oklahoma, Rhode Island, Utah y Wyoming.

c. *United States*,¹¹ la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que la palabra "nadie" se refería también a los "agentes federales", por lo que no tenían derecho a dar a conocer las informaciones obtenidas gracias a la interceptación de las comunicaciones telefónicas, no pudiendo pues utilizarlas ante un Tribunal Federal, si bien parece que no es la interceptación de las comunicaciones en sí misma la que está prohibida, sino más bien la interceptación y divulgación de los informes así obtenidos. Existen diferencias en la actitud de los Tribunales en lo que se refiere a la cuestión de saber si el consentimiento de uno de los comunicantes es suficiente, sobre todo cuando uno de ellos es un confidente de la policía.

En Nueva York surgieron graves dificultades cuando se trató de hacer efectiva la prohibición de recurrir a la interceptación de las comunicaciones. El estudio del Comité legislativo mixto del Estado de Nueva York puso de manifiesto, no sólo que la interceptación de las comunicaciones por particulares estaba muy extendida en el Estado, sino que este procedimiento se había convertido en un comercio ejercido públicamente por detectives privados provistos de una licencia concedida por el Estado. Los que habían hecho de la interceptación de las comunicaciones su profesión, hallaban una justificación de su odioso oficio en la sentencia dictada en el asunto *People c. Appelbaum*,¹² en la cual se señalaba que un abonado al teléfono podía hacer interceptar su propia línea telefónica, "de manera que su comercio no sufriese perjuicios, que sus relaciones familiares no se vieran alteradas ni su vida conyugal trastornada." En este asunto, un cierto señor Appelbaum, de Brooklyn, había emprendido una demanda de divorcio. Sus pruebas se basaban, en parte, en comunicaciones de su propia línea telefónica personal, registradas por un tal Robert C. La Borde, "técnico electrónico y conocido profesional de interceptaciones."¹³ En una demanda contra La Borde, en virtud del Artículo 1423,¹⁴ la Sala de Apelación de la Corte Suprema (2ª División) rechazó la acusación y confirmó la sentencia. Estimó que el abonado al teléfono tenía igualmente derecho a proteger su propia línea telefónica contra la utilización que

¹¹ Véase *United States c. Yee Ping Jong*, 26 F. supp. 69 (D.C. Pa 1939) y la opinión del juez Learned Hand en el asunto *United States c. Polakoff*, 112 F. 2d 888 (2 Cin. 1940), 311 U.S. 653 (1940).

¹² 277 A.D. 43, Aff's W/O Opinion, 301, N.Y. 738 (1950).

¹³ Informe de Nueva York, pág. 15.

¹⁴ Véase nota 6, pág. 351 el Artículo 134 del Código Penal del Estado de Nueva York relativo a los perjuicios causados intencionalmente, así como el Artículo 1423, párrafo 6, que declara punible del delito de felonía a toda persona que, en este Estado, "corte, averíe o intercepte, ilegal o intencionalmente, una línea telefónica o telegráfica, un cable o un aparato del mismo género, o que se entere o copie, sin estar autorizada, cualquier mensaje, comunicación o información transmitido por los medios indicados anteriormente".

podía ser efectuada por otras personas contra sus propios intereses — personales, familiares o conyugales — y, en consecuencia, el señor Appelbaum había tenido derecho a interceptar su propia línea telefónica, derecho que era superior al derecho al respeto de la vida privada de los que utilizan el teléfono.

La inquietud de la opinión pública respecto a las consecuencias prácticas del asunto Appelbaum, se vió aumentada a causa de las sensacionales revelaciones que siguieron al registro efectuado en un apartamento de la Calle 55 (Este), en Manhattan, utilizado para la interceptación de las comunicaciones en gran escala por un abogado, James G. Broady. Este último fué acusado de dieciséis cargos distintos, entre otros de interceptar las comunicaciones telefónicas, de conspirar y de conservar material para cuadros de escucha. La importancia de la instalación de cuadros de escucha fué puesta también de manifiesto durante la encuesta del Comité legislativo mixto, merced a los testimonios sobre las actividades de Charles V. Gris, un detective privado, titular de un permiso. El asunto siguiente puede ser citado como ejemplo de sus actividades: Una mujer joven vivía en un hotel, en el que disponía de un teléfono. Gris alquiló el apartamento vecino e interceptaba las comunicaciones. Asimismo instaló un micrófono en la pared que separaba los dos apartamentos, al objeto de sorprender las conversaciones que tenían lugar en la habitación de la mujer en cuestión.

Las actividades de estos personajes no se limitaban, sin embargo, a tratar de inmiscuirse en la vida privada y a recoger pruebas para los casos de divorcio. Por ejemplo, un tal Broady interceptaba las comunicaciones telefónicas del presidente de la Sociedad Pepsi-Cola, así como las líneas telefónicas de las grandes fábricas de química "Bristol-Myers and E.R. Squibb, Inc." y las de "Knoedler Art Galleries". Varias de las sumas entregadas al tal Broady dan una idea de la importancia de ese tráfico: de uno de sus clientes recibió, por ejemplo, 60.000 dólares.

Broady fué condenado por interceptación de comunicaciones, conspiración y conservación de material para cuadros de escucha, a una pena de dos a cuatro años de cárcel.¹⁵ Los hechos puestos de manifiesto en el curso de su proceso constituyeron uno de los motivos de la creación del Comité legislativo mixto.¹⁶ Otro motivo fué la publicidad dada al asesinato del financiero Serge Rubinstein, cuyo autor quedó sin descubrir. Durante la investigación se sostuvo que Rubinstein practicaba la interceptación de las comunicaciones tele-

¹⁵ Habiendo interpuesto apelación, fué no obstante liberado de la prisión de Sing Sing, el 1 de marzo de 1956.

¹⁶ En el curso de los 64 años durante los cuales la interceptación de las comunicaciones telefónicas constituía en Nueva York delito de felonía, sólo se puso de manifiesto un caso de condena de un cierto Antony Senes.

fónicas de sus concurrentes. Se dijo igualmente, lo cual fué confirmado por el Comité, que Rubinstein había instalado un micrófono y una emisora de radio portátil en el apartamento de una joven mujer, con el objeto de que todo cuanto se dijera en el apartamento en cuestión se registrara en el coche de un detective privado estacionado en la vecindad.

Por lo que se refiere a la interceptación de las comunicaciones por particulares, el estudio del Comité termina con las recomendaciones siguientes:

“Proponemos se vuelva a definir el antiguo delito, previsto por el *Common Law*, de interceptación de las comunicaciones, en términos modernos, a saber:

“Constituye un manifiesto crimen el hecho de que todo particular – incluso el propio abonado al teléfono – instale, permita la instalación de cuadros de escucha o contribuya a ello, o que sorprenda de manera subrepticia, gracias a un instrumento cualquiera, una conversación en la que no tome parte.”

Esta recomendación resolvería las dificultades surgidas del asunto Appelbaum; además, colmaría la laguna que existe actualmente en la legislación, prohibiendo la interceptación de las comunicaciones por medios técnicos diferentes a los cuadros de escucha.

También preocupó al Comité la cuestión de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, así como las demás formas de interceptación, sobre todo por medios técnicos, efectuadas por funcionarios. El procedimiento previsto por el Artículo 813^a para los cuadros de escucha ya fué examinado.¹⁷ Pero el Comité recomendó la adopción de un texto legislativo que estableciera como crimen el hecho de que un funcionario instale cuadros de escucha sin estar provisto de una autorización especial del Tribunal.

Las dificultades planteadas por la aplicación práctica del Artículo 813^a, residen en el hecho de que las autorizaciones de los Tribunales habían sido extendidas frecuentemente basándose en las declaraciones prestadas tras previo juramento, declaraciones que se referían poco o nada a los elementos de pruebas exigidas por dicho Artículo.¹⁸ De acuerdo con el Artículo 813^a, el Tribunal también dispone del poder “de interrogar tras previo juramento al demandante o a cualquier otra persona.” Nada demuestra que este poder haya sido ejercido jamás. La sensación de malestar confesada por el Comité, cuando se trata de esta clase de asuntos, se acrecienta con la prueba de la existencia de cuadros de escucha completamente ilegales instalados por funcionarios sin tan siquiera la autorización regular del Tribunal prevista por el Artículo 813^a, sobre todo por los

¹⁷ Véase página 352 *supra*.

¹⁸ Es decir, “que existe una razón valedera de creer que las pruebas del crimen pueden ser obtenidas así,” etc.

equipos de policías en civil. Además, la declaración oral de Julius Helfland, antiguo procurador-adjunto de distrito del condado de King, reveló que "un gran número de policías en civil instalaban a su gusto cuadros de escucha, a veces con autorización del Tribunal obtenida de forma fraudulenta, pero lo más a menudo sin ninguna clase de autorización . . . Estas interceptaciones ilegales no eran utilizadas con el propósito de aplicar la ley, sino con fines criminales, como el chantaje." Para resolver estas dificultades, el Comité recomendó lo siguiente: (a) la condición previa de que es necesaria una decisión del Tribunal para autorizar la interceptación de las comunicaciones, deberá significar que el propio juez tiene que estar convencido de que existen razones valederas para conceder la autorización . . . Si el juez interroga al demandante o a un testigo cualquiera, las declaraciones tienen que hacerse después de haber prestado juramento, levantándose acta de las mismas, que será conservada; (b) al objeto de dificultar la interceptación efectuada ilegalmente por la policía, la ley deberá ser enmendada de manera que imponga a las compañías telefónicas la obligación de prever que "la instalación de cuadros de escucha alquilados" una línea telefónica que debe ser interceptada a la oficina del funcionario o a cualquier otro lugar designado por éste. La propuesta ofrece el mérito siguiente: "ya no se podrá dudar de que se cometió un delito si se encuentra a una persona, aunque sea policía, en trance de hacer funcionar cuadros de escucha en el patio o sótanos de un inmueble o bien en posesión de material para cuadros de escucha."

Por último, el Comité propuso "no admitir como prueba cualquier información recogida ilegalmente, por medio de cuadros de escucha."

Después de la publicación de su informe, el Comité legislativo mixto tropezó con dificultades para hacer adoptar las medidas legislativas por él propuestas. No obstante, aportó una importante contribución a la solución del problema, al definir las garantías que a su juicio son necesarias para proteger el derecho al respeto de la vida privada. Entre esas garantías, algunas recogieron la aprobación general: (a) toda interceptación y cualquier otro medio técnico de escucha no autorizado, deberán constituir un delito; (b) el recurso a esos procedimientos en las investigaciones de índole criminal debe ser permitido a condición de que esté sometido a garantías apropiadas y de que sea necesaria, como regla general, una autorización del Tribunal; (c) las pruebas obtenidas ilegalmente mediante la interceptación de las comunicaciones telefónicas o por otros medios, no deberán ser admitidas ante el Tribunal.

III

Las Constituciones de numerosos países del continente europeo

garantizan el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas; en otros países, la inviolabilidad está prevista mediante leyes particulares. Sin embargo, las autoridades judiciales y los órganos de instrucción tienen por lo general derecho a instalar, en el curso de las investigaciones de índole criminal, cuadros de escucha o de solicitar su instalación. La *Constitución italiana*, por ejemplo, garantiza el secreto de "todas las formas de comunicación".¹⁹ La ingerencia en la vida privada es, no obstante, permitida si es ordenada por "una decisión debidamente motivada de las autoridades judiciales, según las garantías previstas por la ley". El Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal de 1930 concede, empero, a los oficiales de la policía judicial el derecho — aparentemente ilimitado — de interceptar las comunicaciones telefónicas. El juez goza del mismo poder de interceptación,²⁰ gracias a la orden que a ese efecto entrega a un oficial de la policía judicial. En *Austria*, el secreto de las telecomunicaciones se halla garantizado por la Ley Federal del 13 de julio de 1949, pero los Tribunales de lo criminal y el Ministerio público, así como los órganos de seguridad del Estado, no están obligados a seguir esta disposición, con la condición empero de que se haya abierto una instrucción criminal.

El secreto de las comunicaciones telefónicas está garantizado en *Alemania del Oeste* por la Constitución,²¹ pero la Ley del 14 de enero de 1928²² contiene una excepción a esta regla. Sin embargo, esta Ley prevé garantías más precisas, limitando así el derecho de interceptar las comunicaciones telefónicas con el objeto de descubrir un crimen: el juez puede pedir informaciones relativas a las comunicaciones telefónicas si (i) la comunicación está destinada al acusado, o (ii) si existen elementos de los que puede deducirse que la comunicación procedía del acusado, y (iii) si la información sobre la comunicación es importante para la investigación. El derecho del procurador de pedir tales informaciones se halla no obstante limitado a los delitos graves y sólo puede ser ejercido si, de otro modo, la investigación corre el riesgo de ser retrasada.

Las legislaciones de los países *escandinavos* prevén incluso garantías de procedimiento más estrictas, si bien sólo *Dinamarca* posee la garantía constitucional según la cual "las comunicaciones postales, telefónicas y telegráficas no pueden ser interceptadas, salvo con autorización del Tribunal".²³ Tanto en *Dinamarca* como en *Suecia* se precisa una decisión del Tribunal para habilitar a un

¹⁹ Artículo 15. Por otra parte, el Artículo 617 del Código Penal declara punibles la interceptación y la interrupción de las comunicaciones y conversaciones telefónicas o telegráficas.

²⁰ Artículo 339 del Código de Procedimiento de lo criminal.

²¹ Artículo 10.

²² Artículo 12.

²³ Constitución de Dinamarca, del 5 de junio de 1953, Artículo 72.

funcionario para la interceptación de una conversación telefónica. En Dinamarca, una decisión de esa índole sólo puede ser tomada si existe una razón valedera de creer que los mensajes transmitidos por teléfono proceden de una persona o están destinados a una persona sospechosa de haber cometido uno de los crímenes castigados con pena de encarcelamiento superior a ocho años.²⁴ El Tribunal puede ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas en caso de los crímenes siguientes: traición, espionaje, delitos contra la independencia y seguridad del Estado, contra el jefe del Estado, sublevación armada y algunos otros crímenes semejantes, principalmente de naturaleza política. Pero, por otra parte, es preciso señalar que incluso los delitos de derecho común más graves, como el asesinato o el robo, no están incluidos en la relación anterior. En Suecia, la interceptación de las comunicaciones telefónicas no puede ser autorizada por el Tribunal más que si "una persona es sospechosa de haber cometido un crimen que no está castigado con una pena menos grave que el encarcelamiento durante dos años, acompañada de trabajo forzados..." y si el Tribunal estima que resulta importante para el procurador tener conocimiento de una comunicación telefónica. La autorización no puede ser concedida más que por un período definido, no superior a una semana.²⁵ La Ley del 21 de marzo de 1952 prevé, por otra parte, que en el caso de determinados crímenes políticos, así como de otros delitos que no presentan necesariamente un carácter político, como el incendio voluntario, la autorización de interceptar las comunicaciones telefónicas puede ser concedida sin tener cuenta la duración de la pena mínima, "si la interceptación de las comunicaciones telefónicas es juzgada particularmente importante para la investigación judicial".

Tanto en Dinamarca como en Suecia, la interceptación efectuada sin previa autorización está permitida en casos excepcionales de urgencia; pero, incluso en estos casos, la interceptación debe ser luego autorizada por el procurador o por el funcionario encargado de la instrucción del asunto. Además, la autorización del Tribunal debe ser solicitada inmediatamente, y, en Dinamarca, si la autorización no es concedida en un plazo de veinticuatro horas, la interceptación tiene que abandonarse. En los dos países, la persona sospechosa debe ser la misma que el abonado al teléfono cuyas comunicaciones son interceptadas, o al menos debe de tratarse del teléfono que habitualmente es utilizado por el sospechoso.

²⁴ Artículo 750a del Código de Procedimiento Judicial del 11 de abril de 1916; Proclama N° 265 del 15 de septiembre de 1953, enmendada mediante la Ley N° 202, del 11 de junio de 1954.

²⁵ Código de Procedimiento Judicial del 19 de julio de 1942, IIa parte, Procedimiento en general II. Procedimiento de lo criminal, capítulo 27: Embargo, Artículos 12 y 16.

En *Noruega*, las garantías no están definidas de manera tan precisa como en los otros dos países escandinavos, pero el Rey tiene el poder de tomar disposiciones relativas al control de las conversaciones telefónicas²⁶ únicamente si esto "parece ser necesario al interés de la seguridad del Estado". Hasta el presente, tales disposiciones aún no han sido tomadas y, de hecho, no se dispone de elementos que prueben que las autoridades noruegas han recurrido a la interceptación de las comunicaciones telefónicas; por otra parte, no parece que en la actualidad tengan el derecho de hacerlo. El Comité permanente para la revisión del Código Penal recomendó, en su informe del 29 de mayo de 1956, la adopción de una enmienda al Artículo 145 de dicho Código, la cual haría penable la interceptación no autorizada de las comunicaciones telefónicas, así como la instalación de cuadros de escucha. Las legislaciones de los países escandinavos se diferencian de las legislaciones *holandesa* y *finlandesa*, las cuales no contienen ninguna disposición precisa relativa a la interceptación autorizada de las comunicaciones telefónicas; los legisladores de estos dos últimos países no trataron, por otra parte, de definir los casos en los cuales puede ser legal el uso de los cuadros de escucha.

Las reglas referentes a la admisibilidad de las pruebas en los países de derecho escrito, son generalmente consideradas como menos estrictas que en los países del *Common Law*. Sin embargo, si bien "la íntima convicción del juez" constituye la concepción dominante en materia de pruebas en los países de derecho escrito, es justamente en estos mismos países, como Francia y Suiza, donde se ha sostenido con mayor fuerza que las pruebas obtenidas gracias a los cuadros de escucha u otros medios técnicos semejantes deben de ser rechazadas o su utilización limitada. Antes de estudiar las reglas francesa y suiza relativas a la admisibilidad de las pruebas obtenidas mediante los cuadros de escucha, nos parece necesario examinar ante todo la legislación aplicable en materia de interceptación de las comunicaciones.

En Suiza, la Constitución Federal del 29 de mayo de 1874 prevé en su Artículo 36, párrafo 4, que "está garantizada la inviolabilidad del secreto de las cartas y telegramas"; se considera que esta disposición se aplica asimismo a las comunicaciones telefónicas. En el caso de una infracción grave a la ley, el Tribunal y las autoridades competentes de policía tienen derecho a obtener, mediante petición escrita dirigida a las autoridades de Correos, Teléfonos y Telégrafos, informes sobre las comunicaciones telefónicas. Pero, de acuerdo con la Ley Federal sobre Procedimiento Civil del 15 de

²⁶ Ley del 24 de junio de 1915, relativa al Control de la correspondencia, de las comunicaciones telegráficas y telefónicas, Artículo 1.

junio de 1934,²⁷ “el juez no puede recurrir a la coacción, a las amenazas o promesas, a las insinuaciones falaces ni a las preguntas insidiosas” y “le está particularmente prohibido recurrir a tales medios con el propósito de obtener confesiones.” Similares disposiciones se hallan en los Códigos de Procedimiento Criminal de los Cantones. La Corte Suprema de Berna aplicó esta regla a la interceptación de las comunicaciones el 1 de marzo de 1949, cuando anuló una sentencia del Tribunal de Distrito porque el juez había dejado a dos acusados juntos en su despacho, donde tenía instalado un micrófono. La Corte Suprema consideró que el juez había recurrido a “un procedimiento insidioso”, por lo que las pruebas así obtenidas no resultaban admisibles. La Corte Suprema declaró que si se admitían las pruebas obtenidas de esa manera, “se corría el riesgo de verse establecer métodos semejantes a los practicados en los países totalitarios. Tales métodos son indignos de un Estado basado en los principios de justicia. De la soplonería . . . a la utilización del alcohol, de las respuestas sugeridas, de los interrogatorios nocturnos y otros medios de coacción física no queda más que un paso . . .”

En Francia, el Artículo 187 del Código Penal prohíbe la divulgación de las comunicaciones transmitidas por aparatos radio-eléctricos. El Código de Instrucción Criminal concede, no obstante, a la policía judicial,²⁸ al procurador de la República²⁹ y al juez de instrucción,³⁰ poderes en materia de confiscación y registro, estimándose que esos poderes se extienden a las comunicaciones postales, telefónicas y telegráficas.³¹ Por otra parte, estos poderes han sido reforzados por la Ley que reforma el Código de Instrucción Criminal del 31 de diciembre de 1957 (actualmente en vigor): el Artículo 81 (nuevo) concede al juez de instrucción el derecho de tomar “todas las medidas tendentes a recoger las informaciones que estime útiles al descubrimiento de la verdad.”³² Es necesario señalar que los poderes de la policía no son en modo alguno ilimitados: una demanda de interceptación de las comunicaciones dirigida por la policía a la administración de los servicios de Correos, Teléfonos y Telégrafos debe ser puesta en conocimiento del procurador de la República en un plazo de veinticuatro horas; el juez de instrucción

²⁷ Artículo 41.

²⁸ Artículos 8, 9 y 10.

²⁹ Artículo 35.

³⁰ Artículos 87, 88 y 89.

³¹ Véase J. D. Ricard: *Droit et Jurisprudence en matière de postes, télégraphes et téléphones*, 4 volúmenes, París, Sirey, 1931—37, Vol. I, págs. 164—165.

³² Véase el Artículo 82 que concede al procurador de la República el derecho de pedir al juez de instrucción “tomar cuantas medidas le parezcan útiles al descubrimiento de la verdad”.

debe dictar una ordenanza que designe especialmente al oficial de policía judicial encargado de interceptar las comunicaciones.

Como ya hemos indicado, la importancia de la jurisprudencia francesa para el presente estudio procede de su actitud crítica respecto a la utilización de las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas como medios de prueba. Resulta interesante recordar que durante la Revolución francesa, el Tribunal de Casación anuló en el asunto La Brunière, el 11 de julio de 1792, las diligencias iniciadas a base de una carta procedente del acusado, carta que había sido sustraída por la fuerza al mensajero que la llevaba. Actualmente, la cuestión de la legalidad del recurso durante la instrucción a los cuadros de escucha por parte de la policía, del procurador de la República o del juez de instrucción, no se discute.

Los juristas franceses estiman, empero, que es difícil conciliar el recurso a los cuadros de escucha que registran las comunicaciones sin que el acusado lo sepa, con los principios del procedimiento en Francia. Sostienen que las pruebas así recogidas lo son en franca violación de las reglas del procedimiento y, sobre todo, de las reglas que rigen la instrucción y que aseguran al acusado el derecho de verse asistido por un abogado y de proceder al contrainterrogatorio de los testigos. Es así que el Tribunal de Casación juzgó nulo, el 12 de junio de 1952,³³ el atestado establecido en un asunto en el cual un comisario de policía escuchó las declaraciones de un funcionario sospechoso de abuso de confianza.

Se discute asimismo la cuestión de saber si es posible recurrir, en el curso del proceso, a los registros de conversaciones. El Tribunal de Toulouse sostuvo, en un fallo del 7 de noviembre de 1957,³⁴ que las pruebas obtenidas de ese modo no inspiran confianza puesto que existe el peligro de alteración del texto del registro, por ejemplo como consecuencia de la reproducción de sólo una parte de la conversación. En un proceso civil, el Tribunal de Dijon consideró el 29 de junio de 1955³⁵ el registro como prueba "escrita", pero ordenó al mismo tiempo que el registro en cuestión tenía que ser escuchado en presencia de las dos partes, las cuales pueden así discutir el contenido del mismo.³⁶

En otro asunto,³⁷ se falló que el registro de una conversación telefónica había sido efectuado por "sorpresa" y que el descubrimiento del delito y la identificación del acusado se verificaron violando las reglas de procedimiento de lo criminal. Si bien no

³³ Sirey, 1954, I, 69.

³⁴ Sirey, 1957, página 233.

³⁵ Dalloz, 1955, página 583.

³⁶ Por regla general, una acción civil que corresponda a más de 5.000 francos precisa de pruebas escritas, no siendo admitidos los testimonios inconsistentes; véase el Artículo 1341 del Código Civil.

³⁷ Dalloz, 1955, página 573.

parece que la cuestión de la admisibilidad del recurso a la interceptación de las comunicaciones telefónicas durante la instrucción y la utilización de los registros en el curso del proceso hayan sido definitivamente resueltas en Francia, las incertidumbres puestas de manifiesto en los asuntos citados anteriormente son de una considerable importancia.

IV

Las conclusiones y recomendaciones del informe establecido por el Comité de consejeros privados del Reino Unido deben de ser examinadas tomando en consideración las legislaciones de los otros países europeos, en particular la de los escandinavos, y la de los Estados Unidos. De esas diferentes legislaciones pueden extraerse las conclusiones siguientes: (1) Se admite generalmente que el Tribunal debe controlar la interceptación de la comunicaciones telefónicas efectuadas con el propósito de descubrir los crímenes; (2) No puede admitirse que la interceptación sea permitida con el objeto de descubrir todos los crímenes. Este procedimiento no puede ser utilizado, como regla general, más que para la investigación de los crímenes más graves; (3) La cuestión de la admisibilidad de las pruebas obtenidas, incluso legalmente, por medio del procedimiento de los cuadros de escucha, debe ser examinada con particular atención.

Considerado a la luz de estas conclusiones, el informe del Comité de consejeros privados no es nada convincente. Las circunstancias que provocaron la creación del Comité fueron un tanto excepcionales. En el mes de octubre de 1956, algunos periódicos publicaron las reseñas de un proceso juzgado ante el "Old Bailey", en el curso del cual se puso de manifiesto que un abogado había puesto obstáculos a la policía en el ejercicio de sus funciones. El fiscal general puso entonces en conocimiento del Consejo del Colegio de Abogados la pretendida falta profesional del abogado, un tal señor Marrinan. A consecuencia de todo esto, el secretario de dicho Consejo escribió al "Assistant Commissioner" de la policía solicitándole informes complementarios. El 26 de noviembre de 1956, el ministro del Interior autorizó al "Assistant Commissioner" para que mostrase al presidente del Consejo del Colegio de Abogados³⁸ la transcripción de las conversaciones sostenidas entre Marrinan y un cierto Billy Hill, un reincidente, transcripción lograda gracias a los cuadros de escucha conectados al teléfono de Hill. Luego, el presidente del mencionado Consejo recibió del ministro del Interior la autorización de mostrar esa transcripción al Comité de disciplina profesional del Colegio de Abogados. La encuesta seguida condujo (después de la publicación del Informe) a la expulsión de Marrinan

³⁸ Sir Hartley Shawcross, Q.C.

del Colegio. Gracias al asunto Marrinan, la opinión pública se enteró de que la policía utilizaba los cuadros de escucha y que esta práctica no estaba sometida más que al control del Ministerio del Interior, sin estar en modo alguno fiscalizada por los Tribunales.

El Comité examinó en primer lugar el origen de la competencia del Ejecutivo en materia de interceptación de las comunicaciones. La legislación relativa a esta cuestión ya había sido estudiada por los Comités secretos de las Cámaras del Parlamento creados en 1844 a consecuencia de la gran agitación provocada en el país por la actitud del Secretario de Estado, Sir James Graham, el cual ordenó que la correspondencia de José Mazzini fuese abierta, comunicando luego el contenido de algunas de esas cartas al gobierno napolitano. Los Comités establecidos en 1844 estudiaron los precedentes históricos del derecho, reivindicado por la Corona, de interceptar las comunicaciones postales. Los Comités comprobaron que, desde muy antiguo la Corona estimó necesario designar unos mensajeros, denominados *Posts* (correos), encargados de llevar sus misivas. Se nombró un *Master of Posts*,³⁹ y se propagó la costumbre de permitir a los particulares recurrir a los servicios de los correos del Rey. Desde el comienzo, el Ejecutivo ejerció su poder de abrir las cartas con el objeto de "descubrir y prevenir todos los malos y peligrosos designios dirigidos contra el Commonwealth".⁴⁰ No cabe duda de que en Inglaterra, el Ejecutivo usó durante siglos de su poder de interceptar las cartas y paquetes postales y de enterarse del contenido de los mismos; jamás se sostuvo de manera seria que el ejercicio de ese poder fuese ilegal. De acuerdo con la Proclama de 1663, para permitir la abertura de una carta era necesaria una orden expedida por el Secretario de Estado. En 1937, el ministro del Interior y el de Correos, Teléfonos y Telégrafos decidieron que también era necesaria una orden expresa del Secretario de Estado para permitir la interceptación de las comunicaciones telefónicas. El derecho del Ejecutivo de interceptar las comunicaciones telefónicas, que desde le instalación del teléfono fué ejercido de vez en cuando, puede hallar su justificación, según criterio del Comité: sea en el derecho de la Corona de interceptar las comunicaciones,⁴¹ sea en el derecho consuetudinario de la Corona de proteger el Reino contra los abusos, por las personas malintencionadas, de las facilidades postales. El

³⁹ El primer *Master of Posts* conocido entró en funciones en 1516.

⁴⁰ Ordenanza de 1657, que preveía el establecimiento de un servicio de correos regular. Véase también la Proclama del 25 de mayo de 1663, que prohibía a cualquier persona abrir la correspondencia y los paquetes, salvo con autorización expresa del primer secretario de Estado.

⁴¹ Según la definición que fué dada, las Prerrogativas Reales comprenden todas las libertades especiales, privilegios y poderes otorgados por el *Common Law*. Las Prerrogativas pueden ser, y de hecho lo fueron, limitadas por las leyes.

Comité no consideró indispensable estudiar la diferencia – suponiendo que exista – entre estas dos posibilidades de justificación, pero basó su conclusión en el hecho de que “el poder de interceptar las comunicaciones estaba plenamente reconocido por las Leyes sobre Correos que se hallan en vigor desde mucho antes que las Leyes actuales,⁴² cualquiera que sea el nombre mediante el cual se designe el poder en cuestión”. El Comité resumió sus conclusiones relativas al poder del Ejecutivo, de la manera siguiente:

- a) El poder de interceptar las cartas fué ejercido muy pronto y reconocido por las diferentes leyes votadas por el Parlamento.
- b) Ese poder se aplica igualmente a los telegramas.
- c) Resulta difícil no admitir que, si existe un poder legal de interceptar las comunicaciones transmitidas en forma de carta y de telegrama, ese mismo poder es lo suficiente extenso para permitir igualmente la interceptación de las comunicaciones telefónicas.”

La conclusión del Comité en lo que concierne a la fuente del poder de interceptación del Ejecutivo, aunque lógica y precisa, parece ser mucho menos importante que sus recomendaciones finales: efectivamente, según éstas, el poder del Ejecutivo no debería en modo alguno estar limitado por el control de los Tribunales. El comité llega a esta recomendación sobre el punto más importante del problema, después de haber examinado atentamente la utilización y extensión del poder de interceptación. Pareció al Comité que ese poder era utilizado principalmente por la policía y los servicios de Aduanas. En 1951, el Ministerio del Interior planteó como principio que el procedimiento de interceptación resultaba “discutible en si,” que “el poder de retener las cartas y de interceptar las comunicaciones telefónicas debía ser utilizado con una gran prudencia” y que este método tenía que ser utilizado como “excepcional.” Sobre todo se plantearon tres condiciones, valederas para la policía y los aduaneros, que tienen que cumplirse antes de que pueda concederse la autorización de interceptar las comunicaciones. Esas condiciones son las que siguen:

- a) El delito debe ser realmente grave.
- b) Los métodos normales de investigación deben haber sido aplicados sin éxito, o también no deben de ser susceptibles, teniendo en cuenta las circunstancias, de obtener resultados si fuesen aplicados.
- c) Deben tenerse todas las razones de estimar que la interceptación de las comunicaciones conducirá a la condena del culpable.

⁴² El Artículo 58, párrafo 1 de la Ley sobre Correos, Teléfonos y Telégrafos de 1953, constituye el ejemplo más reciente.

El número de interceptaciones autorizadas por el Secretario de Estado no es considerable: el más elevado fué, en 1955, de 241. La media anual en el período 1937—1956 fué de 130, pero la importancia creciente de esta forma de investigación se halla ilustrada por el hecho de que, si en los años 1937—39 la media anual de interceptaciones fué de 22, en los años 1953—55 esa misma media ascendió a 222. Sin embargo, el Comité se estimó satisfecho de comprobar que la eficacia de las interceptaciones resultó considerable: por ejemplo, en 1937, todas las interceptaciones, salvo una, condujeron a la detención de los presuntos culpables. El Comité estimó que “la interceptación resultaba muy eficaz y que sólo era utilizada cuando existían razones de creer que se había cometido un grave delito o que se hallaban en juego los intereses de la seguridad del Estado . . .”, así como que “la interceptación de las comunicaciones se evidenció de gran eficacia en la investigación de los crímenes graves, del contrabando en gran escala y en la prevención de serios peligros para la seguridad del Estado . . . Todos los oficiales de policía y todos los funcionarios interesados ejercen el poder de interceptar las comunicaciones con mucho escrúpulo y conciencia.”⁴³

¿Cómo será utilizado en el futuro el poder de interceptar las comunicaciones? El Comité secreto de la Cámara de Comunes se refirió, en su Informe de 1844, a “un vivo sentimiento de hostilidad que se manifiesta contra la práctica de abrir las cartas, práctica acompañada de misterio y de disimulo . . .” y Sir James Graham, ministro del Interior, admitió en un debate en la Cámara de Comunes, en 1845, que la práctica consistente en abrir las cartas era “odiosa, despreciable y desagradable.” El Comité de consejeros privados tenía plena conciencia del hecho que el procedimiento de interceptación de las comunicaciones telefónicas era considerado con un sentimiento unánime de desaprobación. “Al estudiar las cuestiones que nos fueron sometidas, . . . hemos conservado continuamente en el espíritu el hecho de que se hallaba en juego la libertad del individuo y que se manifiesta una fortísima oposición contra el recurso a los métodos que consisten en interceptar las comunicaciones telefónicas con un propósito cualquiera, tanto público como privado.”⁴⁴

Por otra parte, el Comité expresó la opinión de que la libertad del individuo no tiene absolutamente valor alguno si puede ser víctima de los que violan la ley. Es preciso que cada sociedad civilizada tenga el poder de protegerse contra los malhechores. Debe disponer del derecho de hacer buscar, detener, encarcelar a todos cuantos violan la ley. Si estos poderes son ejercidos de forma conveniente y con inteligencia, puede estimarse que contribuyen por sí

⁴³ Página 27 del Informe.

⁴⁴ Página 30 del Informe.

mismos a mantener la verdadera libertad del individuo. El derecho de interceptar las comunicaciones telefónicas jamás fué considerado como un derecho absoluto, no constituyendo pues una amenaza directa para la libertad del individuo a condición de que su ejercicio sea "cuidadosamente limitado a las circunstancias y a los objetivos precisos y bien definidos, y de que esté sometido a una reglamentación claramente formulada y a garantías excepcionales."

Según el criterio del Comité, la mejor garantía posible reside en la responsabilidad, en última instancia, del Secretario de Estado. El Comité estimó que no se obtendría ninguna garantía o ventaja suplementaria si se exigiera que la demanda de interceptación dirigida al Secretario de Estado vaya acompañada de un acto de juramento. Sin embargo, el Comité recomendó: (a) que las autorizaciones de interceptación sean concedidas por un período determinado; (b) que deben indicar el nombre y dirección, o el número de teléfono, de la persona cuyas comunicaciones son interceptadas.

La cuestión de la interceptación de las comunicaciones telefónicas por personas que no están autorizadas para hacerlo no retuvo mucho tiempo la atención del Comité, el cual estimó que, por razones técnicas, la interceptación por parte de personas no autorizadas es mucho más difícil de realizar en el Reino Unido que en los Estados Unidos. Sin embargo, no es cierto que esa interceptación no autorizada de las comunicaciones telefónicas deje de producirse, e incluso podría ser organizada sin invadir la jurisdicción de la Corona o de la propiedad privada. "Pertenece al Parlamento examinar si debe adoptarse una medida legislativa que establezca como delito el hecho de interceptar sin autorización las comunicaciones telefónicas".

El Comité no estudió el problema de la admisibilidad de las pruebas recogidas legalmente por medio de la interceptación de las comunicaciones telefónicas. Efectivamente, este problema será resuelto cuando se le plantee al Tribunal ante el cual se presenten las pruebas así obtenidas. Podemos afirmar que el principio general del derecho inglés es admitir toda prueba — cualquiera que sea la manera como haya sido obtenida — que sea "pertinente", pero, de acuerdo con el derecho inglés de las pruebas, el juez tiene el poder discrecional de rechazar una prueba que ocasione injustamente perjuicio al acusado.⁴⁵

Mr. Gordon Walker, miembro del Comité, expuso un criterio distinto y por separado, que puede resumirse así:

(1) La interceptación de las comunicaciones telefónicas ya no debe ser considerada en el futuro como un método admisible de investigación de crímenes, incluso de crímenes graves, a menos que

⁴⁵ Véase *Kurnma, Son of Karim c. Reg.* (1955) I A II. E. R. 236 y *Harris c. D.R.P.* (1952) 1044.

exista para ello "una razón grave muy urgente." (2) En los asuntos referentes a la seguridad del Estado, la interceptación sólo debe de ser autorizada en estos dos casos: (a) contraespionaje directo y protección de los secretos de Estado más importantes; (b) para impedir que los fascistas y comunistas sean empleados en trabajos vitales para el Estado. (3) La autorización de interceptar las comunicaciones telefónicas no debe ser dada por el Secretario de Estado más que a consecuencia de una declaración jurada. (4) Las informaciones recogidas merced a la interceptación de las comunicaciones telefónicas no deberían ser utilizadas como medios de prueba ante un Tribunal cualquiera, dado que esas informaciones han sido "necesariamente obtenidas por medios desleales y sólo consisten en fragmentos elegidos de los comunicaciones interceptadas."

El Comité de consejeros privados reconoció que varias personas habían pedido⁴⁶ que las interceptaciones no dependan de la autoridad del Secretario de Estado y que las autorizaciones sólo sean concedidas tras una declaración efectuada prestando juramento ante un magistrado o un juez de la *High Court*. Sin embargo, el Comité estima que "si un determinado número de magistrados o de jueces tuviesen el poder de otorgar esas autorizaciones, el control del uso al que puede dar lugar los métodos de interceptación sería menos eficaz que en el cuadro del sistema actualmente en vigor. Prácticamente, podría resultar más fácil obtener la autorización necesaria. Además, se haría más difícil conservar y reunir los registros."⁴⁷ Esta opinión halla una explicación parcial en la conclusión del Informe del Comité secreto de la Cámara de los Lores de 1844, conclusión que, según criterio del Comité de consejeros privados, puede aplicarse a las circunstancias actuales: es el Secretario de Estado quien, junto con sus auxiliares, debe continuar siendo responsable en la materia, "por estar principalmente encargados del mantenimiento del orden público y de la prevención de los crímenes."

No ofrece duda que los Secretarios de Estado del Reino Unido han puesto atención - y continúan poniéndola - en ejercer correctamente su poder. No obstante, puede decirse que el cuerpo judicial inglés goza de una gran integridad y competencia, y que, por lo tanto, se halla en estado de cumplir esa misión al menos con la misma conciencia y discernimiento. Asimismo, resulta difícil compartir la opinión según la cual los magistrados concederían las autorizaciones con mayor facilidad. Cierto es que no es de desear se conceda a los magistrados el derecho de otorgar las autorizaciones de interceptar las comunicaciones telefónicas, por la buena razón que la mayor parte de ellos no son magistrados de profesión y que,

⁴⁶ Véase, por ejemplo, el artículo de Geoffroy W. Davey titulado "Wire tapping" en *Law Journal*, Vol. 107, pág. pág. 564, 6 de septiembre de 1957.

⁴⁷ Página 20.

en todo caso, resultarían demasiados a ocuparse de los problemas de la seguridad del Estado. Parece, empero, que no existiría dificultad alguna de carácter práctico en prever que la demanda de autorización de interceptación sea dirigida a un juez de la Corte Suprema fallando en ejecución urgente y provisional. En la práctica, y de manera general, este procedimiento relativo a los demandas de autorización se desarrolla a puerta cerrada. A este respecto, sería preciso no perder de vista la experiencia de los otros países y, sobre todo, la de los escandinavos y la del Estado de Nueva York. Es necesario añadir que las dificultades temidas por el Comité de consejeros privados, por lo que respecta a la conservación y montaje los registros, podrían ser fácilmente superadas.

Tampoco deberían ser pasados en silencio los ejemplos – muy variados, por cierto – de un ejercicio menos satisfactorio del poder discrecional de los Secretarios de Estado. En 1953, durante un procedimiento de carácter disciplinario emprendido por delito de corrupción contra dos oficiales de policía ante el Consejo de disciplina de Policía municipal, el ministro del Interior concedió la autorización para interceptar las comunicaciones telefónicas, cuyo contenido fué luego utilizado, con su acuerdo, no ante el Tribunal sino en el curso de las diligencias disciplinarias. El Comité de consejeros privados “expresa sus dudas respecto a la cuestión de saber si la decisión de utilizar los registros en una investigación policiaca estaba, de hecho, justificada”. Por otra parte, el Comité consideró que la decisión de poner en conocimiento del Consejo del Colegio de Abogados, en el asunto Marrinan, el contenido de las comunicaciones telefónicas constituyó “un error”. Podrían hacerse críticas aún más duras contra el hecho de autorizar la utilización de los registros ante las jurisdicciones de los pares, pudiendo dudarse que tal autorización pudiera ser pedida y obtenida si la autoridad competente en la materia fuese un juez de la *High Court*.

En una parte de su Informe, el Comité formula una propuesta que podría atenuar los peligros que implícitamente se derivan de la práctica de interceptar las comunicaciones telefónicas y que pudiera ser útilmente estudiada en otros países. “A nuestro parecer – declara el Comité –, las inquietudes podrían ser atenuadas en cierta medida si se informase a la opinión pública de la importancia real de las interceptaciones de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, puesto que estas interceptaciones han sido practicadas en grado mucho menor de lo que piensan numerosas personas”. Las cifras publicadas por el Comité han justificado esta conclusión y, si bien se comprende fácilmente la vacilación del Comité a hacer tales revelaciones en el futuro, puede uno preguntarse si la manifiesta ventaja que resulta de la información a la opinión pública no supera el inconveniente de ayudar a los delincuentes publicando periódicamente el número de interceptaciones efectuadas.

El Comité de consejeros privados declaró expresamente que había examinado la práctica y el procedimiento existentes en un determinado número de países extranjeros, de países del Commonwealth y de territorios coloniales, si bien el Informe y las recomendaciones publicados se limitan al estudio de la situación en el Reino Unido. Aparte los Estados Unidos, de manera general puede decirse que en los países que han seguido la tradición del *Common Law*, el régimen jurídico de la interceptación de las comunicaciones es semejante al del Reino Unido. Es de suponer que el Informe del Comité tendrá una considerable influencia. Igualmente es preciso señalar que las recomendaciones suponen, por parte del Ejecutivo, una gran reserva y una gran responsabilidad, lo que hasta entonces era ya cierto en el Reino Unido.

GEORGES DOBRY

REVISTA DE LIBROS

Regierungsakte im Rechtsstaat; rechtsvergleichende Beiträge zu einer Untersuchung des Verhältnisses von Politik und Recht (Actos de gobierno en un Estado legal; Contribuciones de Derecho comparado al estudio de las relaciones entre la Política y el Derecho), por Helmut Rumpf, Doctor en Derecho, M. A. (Harvard), *Privatdozent* en la Universidad de Heidelberg (Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1955. 160 págs. Sin indicación de precio.)

Este librito, nueva edición completada de una tesis sostenida en 1950 ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg, presenta un considerable interés, no sólo a causa de los informes precisos que contiene, sino también – y sobre todo – por el método inductivo empleado por el autor. Como lo indica el subtítulo, el libro se refiere al delicado tema del *no man's land* existente entre la Política y el Derecho, mas, al no hallar satisfactorias las discusiones de salón, puramente teóricas, sobre las reivindicaciones de las fuerzas en presencia, el Dr. Rumpf nos invita a estudiar de manera minuciosa una importante parte de dicho *no man's land*. Se ocupa más particularmente de los *actos de gobierno* en el sistema jurídico francés, así como de los *Acts of State* en el sistema inglés. Sin embargo, hace una breve exposición de la influencia de la teoría y práctica francesas sobre el Derecho italiano, rumano y español, expresando en la introducción la esperanza de poder estudiar más tarde el Derecho norteamericano y el alemán. Las circunstancias en las cuales fué escrito el libro y las lagunas que presenta, reconocidas por el propio autor, explican el porqué resulta más útil como obra cómoda de referencia para una parte bastante oscura del Derecho francés y del inglés, que para la elaboración de “nociones bien definidas y suficientemente claras que permitan analizar el fenómeno particular de las relaciones entre el Derecho y la Política”. De hecho, es de dudar resulte útil – o incluso posible – definir el Derecho o la Política de esta manera. Por otra parte, hay mucho que aprender en el estudio de la jurisprudencia de los tribunales franceses e ingleses, cuando examinan las reivindicaciones de los gobiernos de sus respectivos países tendentes a que los actos particulares llevados a cabo por o en nombre de esos gobiernos escapen a la competencia de sus tribunales. El autor intenta desarrollar, sobre todo, mediante estudios comparados de la jurisprudencia de los otros países democráticos sometidos a la Regla de Derecho, una teoría de los Actos del Estado que pueda ser de alguna utilidad en el curso de la evolución del Derecho constitucional de la República Federal de Alemania.

El Dr. Rumpf expone la historia de los *actos de gobierno* en el

Derecho francés, partiendo del amplio dominio que fué el suyo en el siglo XIX hasta llegar a la relación restrictiva de esos actos, tal como está establecida en la actualidad por el Consejo de Estado. Analiza luego algunos de los diferentes dominios en los cuales el Consejo de Estado se niega a intervenir, como, por ejemplo, en las cuestiones referentes a las relaciones entre el gobierno y el parlamento, así como en los "actos diplomáticos", y de acuerdo con varios autores franceses admite que la tendencia actual es la de una reducción del número de *actos de gobierno*. Por otro lado, no comparte la opinión según la cual los *actos de gobierno*, en el sentido limitado del término, no escapan al control pero constituyen sólo ejemplos del poder discrecional dejado al gobierno en los límites definidos por el *Consejo de Estado*. Señala la distinción entre actos discrecionales y *actos de gobierno*, que en último análisis resulta una distinción más sociológica que jurídica, pero que no obstante es tomada en consideración por el Consejo de Estado, lo que según el criterio del autor muestra "el instinto" del Consejo de Estado hacia las cuestiones políticas.

El análisis que hace el Dr. Rumpf del Derecho inglés comprende una introducción de gran actualidad y muy documentada al estudio del cuadro constitucional, así como un estudio más detallado de las prerrogativas del Ejecutivo en general, de los actos del Estado — en el sentido estrecho de medidas tomadas por el Ejecutivo contra los extranjeros o los bienes extranjeros — y de los poderes excepcionales en tiempo de guerra. Su conclusión, con la cual estarán de acuerdo numerosos juristas ingleses (véase, por ejemplo, la obra de Hamson *Executive Discretion and Judicial Control*, Poder discrecional del Ejecutivo y control jurisdiccional, analizada en el n° 1 de esta Revista), consiste en decir que la regla de conducta del Ejecutivo, en la esfera de acción que le está reservada, se halla garantizada a ciertos respectos más eficazmente por el Consejo de Estado que por los tribunales ingleses, si bien el autor carga el acento muy justamente sobre la evolución legislativa (*Crown Proceedings Act*, de 1947) de la doctrina según la cual *The King can do no wrong*, el rey no puede equivocarse. Sin duda el autor desearía añadir ahora las modificaciones aportadas al control de los tribunales administrativos a consecuencia del Informe del Comité Franks (véase el Boletín n° 7 de la Comisión Internacional de Juristas, octubre de 1957).

Otro aspecto del estudio del Dr. Rumpf merece ser señalado. Su tesis se apoya en el postulado que afirma que, en última instancia, la diferencia entre el Derecho y la Política es más de naturaleza que de grado, puesto que el Derecho se preocupa de las reglas y normas y la Política se interesa por la lucha por el poder, lucha que en el dominio que le es propio no puede ser llevada a cabo de acuerdo con determinados principios. Sin embargo, los documentos

de origen francés e inglés que cita el autor muestran más bien que, en todos los casos que dependen de la jurisdicción nacional, se admite cada vez más el deseo de que los actos del Ejecutivo se juzguen de acuerdo con las normas de conducta generalmente aceptadas. Resulta significativo señalar que los "intereses del Estado" más celosamente guardados, y que permanecen en gran parte fuera del control jurisdiccional, se refieren directa o indirectamente a la política extranjera. Tal vez la expresión inglesa *Rule of Law* permita, mejor que la noción alemana de *Rechtsstaat*, llamar la atención sobre la evolución paralela en el dominio internacional, evolución que tiende a refundir la lucha política en el crisol de la justicia.

NORMAN S. MARSH

La liberté d'Opinion et d'Information, contrôle juridictionnel et contrôle administratif, por ROGER PINTO, profesor de la Facultad de Derecho de Lille. (Publicado, bajo los auspicios del Centro Nacional de Investigación Científica, por "Editions Domat Montchrétien", 1957, 278 págs.)

Textos de Doctrina y Política de la Información, por GABRIEL ARIAS-SALGADO. (Publicaciones de la Secretaría del Ministerio de Información de España, "Prensa Gráfica, S.A.", Hermsilla 45, Madrid. Cuarta edición, 18 de julio de 1956, 413 págs.)

En Francia, la libertad de expresión fué garantizada por la Declaración de Derechos del Hombre de 1789; pero, como señala el Prof. Pinto, esta libertad no fué definitivamente reconocida antes de la III República. La Ley del 29 de julio de 1881 limitaba virtualmente las restricciones aportadas a la libertad de opinión como tal al delito de "gritos y cantos sediciosos", lo cual, de todas las maneras, no pasó de ser letra muerta. Pero, cuando surgieron los ataques anarquistas a finales del siglo XIX, se manifestó una tendencia menos favorable a la libertad de expresión. En 1893, se introdujo en la legislación el delito de apología de ciertos crímenes, como el asesinato, el incendio voluntario y el robo. En 1912, el Tribunal de Casación decidió que el delito existía no sólo si había justificación del crimen, sino asimismo justificación del criminal. En 1951, la justificación de los crímenes de guerra y de los de colaboración con el enemigo se convirtió en punible. Después de 1893, hubo un período relativamente largo, en el curso del cual no se impuso ninguna restricción importante a la libertad de expresión, mas en 1938-40 determinados decretos-leyes crearon nuevos delitos, como la propaganda secesionista y la "participación voluntaria en una empresa de desmoralización del Ejército o de la Nación,

teniendo por objetivo socavar la defensa nacional". La pena prevista para esta última infracción (Artículo 76, párrafo 3, del Código Penal) fué la condena a muerte. Se discute la cuestión de saber si el Artículo 76, párrafo 3, se puede aplicar en tiempos de paz. El profesor Pinto estima que ese artículo sólo se aplica en tiempo de guerra, siendo cierto que una ley del 11 de marzo de 1950 (Artículo 76 (d) del Código Penal) relativa a los delitos cometidos en tiempo de paz y que sólo son punibles con una pena de encarcelamiento, se aplica sensiblemente en los mismos casos que el Artículo 76, párrafo 3, si bien aquella no menciona el delito de desmoralización del Ejército. El profesor Pinto llama la atención sobre el hecho de que, merced a una serie de leyes adoptadas entre 1935 y 1944, la competencia para el enjuiciamiento de los delitos de prensa fué retirada a la Audiencia de lo criminal con un jurado y transmitida a los Tribunales correccionales, y señala que después del decreto-ley del 29 de julio de 1939, los Tribunales militares se ocupan de todos los crímenes y delitos cometidos contra la seguridad exterior del Estado. La competencia de los Tribunales militares se extiende así a los delitos previstos por el Artículo 76 del Código Penal, por lo que el Prof. Pinto indica los peligros que pueden derivarse de esta situación, sobre todo teniendo en cuenta que esa clase de tribunales no dictan sentencias motivadas, lo cual supone en la práctica la disminución del control ejercido por el Tribunal de Casación. Esto es particularmente importante cuando se trata de delitos en los que entran nociones tan vagas como la de "desmoralización".

Este libro se ocupa sobre todo de estudiar las restricciones más importantes impuestas a la simple manifestación de opinión en el dominio político, manifestación de opinión que no supone necesariamente una violación directa de la ley a otros respectos. Sin embargo, el libro del profesor Pinto es más completo, puesto que examina las otras restricciones que se observan más o menos en la mayor parte de los países, tal como la incitación a cometer crímenes o la sublevación en las fuerzas armadas, frases difamatorias o insultantes y restricciones en interés de la moralidad pública. La Ley de 1881, Artículo 27, enmendada por la Ordenanza del 6 de mayo de 1944, que castiga la difusión deliberada de falsas noticias ofrece un interés considerable. El profesor Pinto hace notar que esta legislación no tiene equivalente en muchos otros países—entre otros Estados Unidos y el Reino Unido— y él duda de su eficacia. Por el contrario, el autor tiene la más elevada opinión del valor teórico de una interesante disposición del Derecho francés, que no es desconocida de los países que no son los del *Common Law* y que concede a toda persona el derecho de insertar en una publicación dada una respuesta a los ataques dirigidos contra ella, si bien parece que este procedimiento ofrece la posibilidad de aplazamiento y da lugar a retrasos.

El profesor Pinto establece una distinción importante y fundamental entre las restricciones a la libertad de opinión, que sólo pueden ser impuestas mediante el procedimiento jurisdiccional (control jurisdiccional) y los procedimientos administrativos (control administrativo), los cuales pueden suprimir la expresión de una opinión antes de que sea publicada, y, en caso de publicación, permiten recoger o destruir la publicación sin tener cuenta de las vías de recurso que pueden emprenderse ante los tribunales. La simple introducción de un recurso ante los tribunales, como lo señala el profesor Pinto, no anula por ese hecho la recogida hasta que la sentencia no sea dictada, lo cual puede exigir mucho tiempo. En Francia, las autoridades administrativas tienen derecho a recoger las publicaciones y a prohibir su venta o distribución, a condición que estas medidas estén limitadas en el tiempo y en el espacio, y que sean tomadas en interés del orden público. La disposición del Artículo 14 de la Ley de 1881, modificada por el decreto-ley del 6 de mayo de 1939, es todavía más estricta; en efecto, autoriza al Consejo de ministros a prohibir la distribución o venta de las publicaciones extranjeras o de inspiración extranjera. De hecho, este derecho es ejercido por el ministro del Interior y el Consejo sólo tiene un poder de control limitado sobre el ejercicio de ese derecho.

Aparte el cine, normalmente no existe en Francia ninguna clase de censura en tiempo de paz. Sin embargo, la Ley del 3 de abril de 1955 aportó una modificación brutal que ha hecho gastar mucha tinta. Esta Ley se aplica en caso de estado de urgencia, y autoriza a las autoridades administrativas a tomar todas las medidas necesarias para asegurar el control de la prensa, así como de la radio, el cine y el teatro. Su aplicación en Argelia ha hecho posible la censura de la prensa argelina; un control similar de la prensa metropolitana pudo llevarse a cabo merced a la declaración del estado de urgencia en la Metrópoli, votada por el Parlamento francés el 16 de mayo de 1958.

La libertad de expresión constituye un derecho fundamental, del cual dependen en una sociedad democrática todas las demás libertades civiles. Las restricciones impuestas a esta libertad, siempre que sean juzgadas necesarias, deben ser conocidas de la opinión pública y justificadas ante ella. El profesor Pinto ofrece en su libro las más recientes informaciones sobre la legislación relativa a la libertad de opinión y sobre la práctica seguida en este dominio en Francia. Sus motivadas críticas, así como las comparaciones que establece con otros países, en particular con los Estados Unidos y el Reino Unido, serán extraordinariamente apreciadas, sobre todo en la hora actual.

Resulta interesante y revelador comparar la obra del profesor Pinto con la compilación de los discursos del ministro español de Información, Gabriel Arias-Salgado. La ley francesa se basa en la

presunción fundamental de que la opinión es libre en Francia, no obstante someterla a diversas restricciones, sobre todo en período de estado de urgencia, lo cual, en ciertos casos, puede dar lugar a controversias o inquietudes. Por el contrario, la legislación relativa a la libertad de opinión actualmente en vigor en España está basada en el Artículo 12 del "Fuero de los Españoles", el cual sólo admite la libertad de opinión si no entra en conflicto con los "principios fundamentales del Estado". Además del hecho de que el "Fuero" en cuestión puede ser suspendido — y de hecho lo fué de tiempo en tiempo — el Artículo 12 dió implícitamente la posibilidad de censurar todas las publicaciones no periódicas, así como controlar de manera efectiva toda la prensa mediante una fiscalización ejercida por el gobierno sobre la política y el personal de los periódicos. El argumento del Sr. Arias-Salgado es, en substancia, que en España, en todos los casos y teniendo en cuenta su historia y sus tradiciones únicas, las libertades personales — incluida la libertad de expresión — deben necesariamente estar subordinadas a los intereses del Estado. Este punto de vista fué discutido, hasta cierto punto, por la Iglesia Católica Romana, particularmente a iniciativa del Obispo de Málaga, el cual declaró que el derecho a la libertad de opinión es un derecho del hombre, superior a los intereses del Estado. Pero las ideas del ministro español de Información son de hecho, actualmente, la base de la ley y de la práctica concerniente a la libertad de expresión en España. Se comprueba con ironía que esos mismos argumentos, demasiado familiares, se hallan también en un reciente editorial de *Jen Min Teh Pao*, órgano oficial del Partido Comunista de China: "Nuestros escritores y artistas son perfectamente libres de crear formas y estilos artísticos, así como de dar libre curso a sus talentos, pero ninguno puede utilizar esa libertad para emprender actividades antipartido y antisocialistas."

NORMAN S. MARSH
SOMPONG SUCHARITKUL