

REVISTA

DE LA
COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

Director: JEAN-FLAVIEN LALIVE

PRIMER SEMESTRE, 1961

VOLUMEN III, NÚM. 1

Editorial DE DELHI A LAGOS

Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley (Lagos, enero, 1961)

LEY DE LAGOS

CONCLUSIONES DE LA CONFERENCIA

PROGRAMA PROPUESTO PARA LA
REDACCION DE LOS INFORMES
NACIONALES

GABRIEL D'ARBOUSSIER LA SIGNIFICACION DE LA CONFERENCIA
DE LAGOS

T. O. ELIAS REFLEXIONES SOBRE LA LEY DE LAGOS

LA DETENCION PREVENTIVA EN DISTINTOS SISTEMAS JURIDICOS

Australia ZELMAN COWEN
RACHAEL RICHARDS

Birmania HLA AUNG

Europa oriental KAZIMIERZ GRZYBOWSKI

India VIVIAN BGSE

Japón HAKARU ABE

Filipinas ARTURO A. ALAFRIZ

Singapur BERNARD BROWN

Union Soviética VLADIMIR GSOVSKI

REVISTA DE LIBROS

JUNTA ASESORA DE LA REVISTA

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

GEORGES BURDEAU, profesor de Derecho en la Universidad de París;

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

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

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

SEBASTIAN SOLER, profesor de Derecho en la Universidad de Córdoba, ex fiscal general de la República Argentina;

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

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

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

JOSEPH T. THORSON (Presidente honorario)	Presidente del Tribunal de Hacienda del Canadá, Ottawa
VIVIAN BOSE (Presidente)	Ex magistrado del Tribunal Supremo de la India, Nueva Delhi
PER T. FEDERSPIEL (Vicepresidente)	Presidente del Consejo de Europa; Diputado al Parlamento danés; abogado, Copenhague
JOSÉ T. NABUCO (Vicepresidente)	Miembro del Colegio de Abogados de Río de Janeiro
SIR ADETOKUNBO A. ADEMOLA	Presidente del Tribunal Supremo de Nigeria
ARTURO A. ALAFRIZ	Presidente de la Federación de Asociaciones de Abogados de Filipinas, Manila
GIUSEPPE BETTIOL	Diputado al Parlamento italiano, ex ministro; profesor de derecho, Roma
DUDLEY B. BONSAI	Ex presidente de la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos
PHILIPPE N. BOULOS	Abogado ante el Tribunal de Casación; gobernador de Beirut, Líbano
J. J. CARBAJAL VICTORIA	Profesor y abogado, Montevideo, Uruguay
U CHAN HTOON	Magistrado del Tribunal Supremo de la Unión Birmana, Rangún
A. J. M. VAN DAL	Abogado ante el Tribunal Supremo de los Países Bajos, La Haya
SIR OWEN DIXON	Presidente del Tribunal Supremo de Australia, Melbourne
ISAAC FORSTER	Primer presidente del Tribunal Supremo de la República de Senegal
OSVALDO ILLANES BENITEZ	Ministro de la Corte Suprema de Chile, Santiago
RUDOLF KATZ	Vicepresidente del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania
JEAN KRÉHER	Abogado ante el Tribunal de Apelación, París
AXEL HENRIK MUNKTELL	Diputado al Parlamento sueco; profesor de derecho, Upsala
PAUL MAURICE ORBAN	Ex senador; profesor de derecho, Gante, Bélgica
STEFAN OSUSKY	Ex ministro de Checoslovaquia, Washington, D. C.
LORD SHAWCROSS	Ex fiscal general de Inglaterra, Londres
BENJAMIN R. SHUTE	Abogado, Nueva York, Estados Unidos
KOTARO TANAKA	Magistrado en la Corte Internacional de Justicia; ex presidente del Tribunal Supremo del Japón, Tokio
PURSHOTTAM TRIKAMDAS	Abogado de la Corte ante el Tribunal Supremo de la India, Nueva Delhi
H. B. TYABJI	Abogado, Karachi, Pakistán

Secretario general: JEAN-FLAVIEN LALIVE
Miembro del Colegio de Abogados de Ginebra; ex primer secretario de la Corte Internacional de Justicia

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

En los artículos firmados, sus autores expresan opiniones personales. El hecho de que la Comisión los publique significa que ésta los considera de interés general, sin que ello implique su aprobación total. Salvo indicación en contra, los artículos no firmados han sido preparados por el personal de la Comisión.

Se examinarán con vistas a su publicación los trabajos que versen sobre las modalidades de aplicación del imperio de la ley en uno u otro país. Tales trabajos deben presentarse mecanografiados en doble ejemplar y dirigirse al secretario general, sede de la Comisión, Ginebra.

Esta publicación aparece dos veces al año en español, alemán, francés e inglés.

Distribución:

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS
6, RUE DU MONT-DE-SION
GINEBRA, SUIZA

La Revista se distribuye gratis a los miembros de las secciones nacionales e instituciones afiliadas a la Comisión

box 84

REVISTA

DE LA

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

Director: JEAN-FLAVIEN LALIVE

PRIMER SEMESTRE, 1961

VOLUMEN III, NÚM. 1

Editorial DE DELHI A LAGOS

Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley (Lagos, enero, 1961)

	LEY DE LAGOS	11
	CONCLUSIONES DE LA CONFERENCIA	12
	PROGRAMA PROPUESTO PARA LA REDACCION DE LOS INFORMES NACIONALES	21
<i>Gabriel d'Arboussier</i>	LA SIGNIFICACION DE LA CONFERENCIA DE LAGOS	25
<i>T. O. Elias</i>	REFLEXIONES SOBRE LA LEY DE LAGOS	29

LA DETENCION PREVENTIVA EN DISTINTOS SISTEMAS JURIDICOS

<i>Zelman Cowen</i>	LA PRISION PREVENTIVA EN AUSTRALIA	34
<i>Rachael Richards</i>		
<i>Hla Aung</i>	LA LEY SOBRE LA DETENCION PREVENTIVA EN BIRMANIA	55
<i>Kazimierz Grzybowski</i>	EL PROCEDIMIENTO PENAL EN LOS PAISES DE LA EUROPA ORIENTAL	78
<i>Vivian Bose</i>	LA DETENCION PREVENTIVA EN LA INDIA	97
<i>Hakaru Abe</i>	EL PRIMER SISTEMA LEGISLATIVO JAPONES DE ARRESTO GUBERNATIVO	110
<i>Arturo A. Alafritz</i>	LA DETENCION PREVENTIVA Y ADMINISTRATIVA EN FILIPINAS	120
<i>Bernard Brown</i>	LA DETENCION PREVENTIVA EN EL ESTADO DE SINGAPUR	139
<i>Vladimir Gsovski</i>	LA DETENCION PREVENTIVA Y EL ARRESTO GUBERNATIVO EN LA U.R.S.S.	148
	REVISTA DE LIBROS (véase a la vuelta)	165

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

91 934

REVISTA DE LIBROS

<i>Instituto de Estudios Jurídicos Superiores</i>	Index to Foreign Periodicals	165
<i>W. Friedmann</i>	Law in a Changing Society	165
<i>K. L. Roskam</i>	Apartheid and Discrimination	168
<i>Zaccaria Giacometti</i>	Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechtes Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates	169
<i>Rudolf Schlesinger</i>	Comparative Law	172
<i>Nicolas Veïcopoulos</i>	Traité des territoires dépendants	174
<i>Milton Katz y Kingman Brewster</i>	International Transactions and Relations, Cases and Materials	174
<i>N. K. Dixit y Neglur Rangath</i>	Private International Law	176
<i>Instituto de Derecho Oriental</i>	Jahrbuch für Ostrecht	177
<i>David Footman</i>	International Communism	179
<i>Rolf Schüsseler</i>	Die Rechtsverletzungen im socialistischen Staat und ihre Bekämpfung	181
<i>Ladislav Mezöfi</i>	Die Ungarischen Strafgesetze Amtliche Zusammenstellung der gültigen materiellen strafrechtlichen Vorschriften	182
<i>Benvenuto Samson</i>	Grundzüge des mitteldeutschen Wirtschaftsrechts	182
<i>K. S. Das</i>	Japanese Occupation and Ex-Post Facto Legislation in Malaya	184
	Otros libros recibidos	185

EDITORIAL

DE DELHI A LAGOS

En estos últimos tiempos, el imperio de la ley ha sido objeto de mayor atención en círculos que no tienen por este concepto el interés profesional que por él siente la comunidad jurídica. Parece que, en general, el público aprecia cada vez más intensamente la necesidad de dar una sola expresión práctica a los conceptos de paz y justicia, ley y orden, derechos humanos y libertad. Algunas naciones afortunadas, con un sistema de gobierno conforme al imperio de la ley, aplican y pulen estos conceptos en un ambiente de conciencia cívica y comprensión. En otras naciones, la violación o negación total de los derechos civiles es, por desgracia, moneda corriente. En el curso de los últimos meses, la Comisión Internacional de Juristas ha recibido peticiones de que se investiguen y analicen en estas naciones condiciones que ponen en entredicho o vulneran los derechos humanos fundamentales.

Con objeto de cumplir una de sus tareas principales, la de ser el "guardián de las libertades civiles" que se esfuerza por movilizar la opinión jurídica mundial en cuanto se viola el imperio de la ley de manera general y sistemática, la Comisión está realizando ahora varios estudios especiales. Éstos, y los informes que en ellos se basan, versan primordialmente sobre países cuyo sistema de gobierno y de administración de justicia viola o pone en peligro los principios del imperio de la ley que, desde el Congreso de Nueva Delhi, sirven como criterio para las investigaciones de la Comisión. En fecha reciente, la Comisión publicó un documentado informe sobre la Unión Sudafricana con el título *South Africa and the Rule of Law* (noviembre, 1960). Están ahora en preparación informes en los que se analiza la situación jurídica de Cuba, España y la República Dominicana. También se presta atención a los graves problemas inherentes a las condiciones que reinan en Portugal y se atribuye particular importancia a la tensión existente en sus territorios africanos.

En muchos países de diversas partes del mundo, el establecimiento o robustecimiento del imperio de la ley puede, en efecto, tener por consecuencia que mejore la vida y la seguridad de los pueblos y se eliminen graves amenazas para la paz internacional. Conscientes de la constante ampliación de sus actividades y de sus crecientes responsabilidades, la Comisión confía en que sus secciones nacionales y demás entidades asociadas sigan de cerca la aplicación de los principios del imperio de la ley en sus respectivos países y contribuyan a su progreso y defensa. La encuesta internacional sobre el imperio de la ley es un paso más hacia la consecución de esa meta.

La Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley, organizada por la Comisión, tuvo lugar en Lagos, Nigeria, del 3 al 7 de enero de 1961. La Conferencia marcó un primer avance dentro de un vasto programa destinado a intensificar las relaciones de la Comisión con los juristas de los países africanos, y a promover entre tales juristas, y también con el resto de la comunidad jurídica mundial, el intercambio de opiniones y datos jurídicos. Los trabajos preparatorios de la Conferencia duraron más de un año, y se celebraron consultas con destacados juristas africanos — académicos y profesionales — con objeto de fijar un programa basado en las *Conclusiones* de Delhi y aplicar los principios del imperio de la ley allí formulados a los problemas con que se enfrentan los países africanos, viejos y nuevos. Por limitaciones técnicas y consideraciones prácticas, no pudo organizarse una Conferencia con la participación de juristas de todos los países africanos; por ello, sólo se enviaron invitaciones a juristas de países situados al sur del Sáhara. Sin embargo, la Comisión confía en que, en el futuro próximo, la celebración de una conferencia de juristas de los Estados mediterráneos ofrezca la oportunidad de reunir a los que no pudieron participar en la Conferencia de Lagos.

Los asistentes a la Conferencia procedían de 23 países africanos y de 9 países de América del Norte, Asia y Europa. En total, 194 juristas (jueces, profesores y abogados) se reunieron en Lagos, a título privado, para discutir el programa de la Conferencia. Se discutió sobre la base de un cuestionario enviado previamente a los invitados; en él se exponían los temas generales que podrían examinar tres comisiones. Se recibieron respuestas de la mayoría de los países cuyos juristas estuvieron representados en la Conferencia. Las respuestas formaron el material que sirvió de base al informe de conjunto preparado por el relator general de la Conferencia, Dr. T. O. Elias, y a los documentos de trabajo que cada relator presentó a su Comisión.

Las Comisiones estudiaron durante tres días sus programas respectivos. La Primera Comisión, que se ocupó de "*Los derechos humanos y la seguridad del Estado: los poderes legislativo, ejecutivo y judicial*", analizó a fondo los problemas que plantea el ejercicio por el poder ejecutivo de atribuciones delegadas que le autorizan a dictar disposiciones y reglamentos de carácter legislativo. Además, manifestó preocupación por las medidas legislativas o ejecutivas que tienen por resultado establecer un estado permanente de excepción, con efectos perjudiciales para la protección de los derechos humanos fundamentales. La Comisión recibió serias quejas de juristas de territorios dependientes poblados por colectividades multirraciales con problemas no resueltos, pero era manifiesto el deseo de soslayar las cuestiones políticas. Los participantes expresaron su firme convicción de que el imperio de la ley ha de observarse con mayor eficacia en todos los países, trátese o no de países plenamente independientes.

Esta convicción, y la afirmación sumamente importante de que "el imperio de la ley no podrá prevalecer plenamente a menos que se creen órganos legislativos de conformidad con la voluntad del pueblo reflejada en una constitución libremente aceptada", fueron recogidas en la *Ley de Lagos*. Además, la Comisión propuso a la Conferencia que, en vista de "las acusaciones según las cuales se aplican leyes discriminatorias basadas en consideraciones de raza, color y credo, con detrimento para los derechos fundamentales de sectores importantes de la población", se pidiera a la Comisión Internacional de Juristas que, al examinar y comentar las condiciones jurídicas existentes en Africa y en otras partes, prestara particular atención a la medida en que tenga vigencia el imperio de la ley.

La Segunda Comisión estudió en detalle cuestiones concernientes al tema general "*Los derechos humanos en relación con diversos aspectos del derecho penal y administrativo*". Por este orden, trató específicamente del derecho a la libertad con fianza, de la privación de libertad por motivos de seguridad pública y de la medida en que ciertos actos del ejecutivo pueden ser objeto de revisión por los tribunales. A propósito de esta última cuestión, se subrayó que, si la legislación que autoriza al poder ejecutivo a realizar tales actos tiene algún carácter discriminatorio, queda sin objeto el derecho a la revisión judicial, como se observa en la mísera existencia de grandes sectores de colectividades africanas sometidas a una legislación discriminatoria. Teniendo presente este hecho y haciendo referencia a las *Conclusiones* de Delhi, la Comisión condenó por unanimidad la legislación discriminatoria basada en consideraciones de raza, religión, sexo u otros motivos análogos que no son una base adecuada para hacer distinciones entre seres humanos, clases o minorías. Además, manifestó, respecto a la libertad personal, que, salvo en estado de excepción, la detención preventiva sin juicio es incompatible con el imperio de la ley. Por último, la Segunda Comisión, que también expresó su deseo por un empleo más frecuente de la citación para evitar la necesidad de aplicar el sistema de la libertad con fianza, aceptó ciertos criterios generales acerca de la denegación y concesión de la libertad provisional antes y después del juicio (mientras esté pendiente el de apelación).

La Tercera Comisión centró su atención en el tema "*La responsabilidad de la judicatura y la abogacía en orden a la protección de los derechos del individuo en la sociedad*". Las diferencias que separan los sistemas jurídicos anglosajón y francés se pusieron particularmente de manifiesto en las deliberaciones de esta Comisión. El intercambio de experiencias a que dio lugar fue sumamente útil y ofreció la oportunidad de examinar distintos regímenes de administración de justicia. Por ejemplo, difieren marcadamente, según se trate de regiones de habla inglesa o de habla francesa, la competencia

de los llamados tribunales nativos y la aplicación del derecho consuetudinario en materia de enjuiciamiento criminal. Se recomendó que corra a cargo de los tribunales ordinarios administrar justicia sea cual fuere el derecho aplicado — consuetudinario, tradicional o del país — y que, en cualquier caso, todos los órganos judiciales apliquen los principios del imperio de la ley. Se declaró que la práctica de que legos en materia jurídica o miembros del poder ejecutivo ejerzan funciones judiciales, especialmente en la esfera criminal, es incompatible con el imperio de la ley. La Tercera Comisión se manifestó partidaria de adoptar eficaces salvaguardias legislativas que protejan al poder judicial contra toda ingerencia legislativa y recomendó, en particular, la creación de comisiones del servicio judicial, con atribuciones para nombrar, ascender y separar a los jueces. En cuanto a la abogacía, la Comisión expresó su honda convicción de que la profesión ha de permanecer libre de toda ingerencia del poder ejecutivo en la gestión de sus asuntos, la regulación del ingreso en la profesión y la aplicación de medidas disciplinarias. Recomendó la adopción de medidas encaminadas a organizar un eficaz sistema de asistencia jurídica. Por último, la Tercera Comisión declaró que, en principio, la legislación retroactiva es incompatible con el imperio de la ley. Las *Conclusiones* del Congreso de Delhi relativas al poder judicial y a la profesión jurídica bajo el imperio de la ley fueron confirmadas en su integridad y se unieron como apéndice a las Conclusiones de esta Comisión.

Atendiendo a una moción presentada en el seno de la Primera Comisión, un subcomité especial, presidido por el Sr. J. B. Danquah, de Ghana, redactó una resolución de carácter general, refundida en la *Ley de Lagos*, que confirmó el *Acta de Atenas* (1955) y la *Declaración de Delhi* (1959), en especial en lo tocante a Africa. En la *Ley de Lagos* se atribuye singular importancia a una invitación que se formula a los gobiernos africanos para que estudien la conveniencia de aprobar una convención africana de derechos humanos, que proteja a los particulares lesionados por violaciones del derecho público o privado y establezca una vía para presentar peticiones de resarcimiento ante un tribunal internacional dotado de la jurisdicción apropiada. La realización de este proyecto quizá no sea tarea fácil, pero encierra extraordinarias posibilidades que las secciones africanas de la Comisión podrán aprovechar para realizar una obra fecunda, y abre grandes perspectivas al fortalecimiento del imperio de la ley en dicho continente.

La Conferencia de Lagos confirmó que los principios generales del imperio de la ley, enunciados en Nueva Delhi, tienen validez universal. Todos los oradores subrayaron que el imperio de la ley no es privativo de un sistema jurídico o económico determinado, ni de una región geográfica o doctrina política. La Conferencia de Lagos

habrá contribuido, pues, a que resalte la universalidad del imperio de la ley y la mutua interdependencia de sus defensores en todo el mundo. La Comisión Internacional de Juristas comprobó gustosa con cuánto celo y decisión aceptan los juristas africanos participar en el esfuerzo global, y tuvo el mayor agrado en observar cuán provechoso fue el intercambio de informaciones entre los juristas de tradición jurídica francesa y los de tradición inglesa. Fue también motivo de satisfacción el hecho de que un sector representativo y eminente de la comunidad jurídica africana asistiera a esta primera Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley. Sin embargo, es de lamentar que no asistieran a la Conferencia juristas que habrían sido acogidos en Lagos con sincera complacencia. En varios países no hay juristas africanos; en otros, entre ellos Angola y Mozambique, las condiciones reinantes no facilitan un libre cambio de pareceres. La Comisión había invitado a tres destacados juristas de Guinea y tenía la esperanza de que participarían: todos lamentaron que el Ministerio de Justicia rehusara, en su nombre, las invitaciones. Sea lo que fuere, asistieron a la Conferencia de Lagos juristas procedentes de casi todos los países del Africa al sur del Sáhara.

Los lectores hallarán en el presente número de la *Revista* los textos de las *Conclusiones* aprobadas en la Conferencia Africana y la *Ley de Lagos*. Completan la visión de este magno acontecimiento artículos en que se evalúa la repercusión de la Conferencia y que son obra del relator general de la Conferencia, Dr. T. O. Elias, fiscal general y ministro de Justicia de la Federación de Nigeria, y del Sr. Gabriel d'Arboussier, ministro de Justicia del Senegal y primer vicepresidente de la Conferencia.

Al contrario de los números anteriores, los trabajos que contiene esta *Revista* versan sobre un solo tema principal que ha ocupado recientemente la atención, por lo inquietante de sus efectos, de juristas de muchas partes del mundo: me refiero a la detención preventiva (esto es, las medidas privativas de libertad tomadas con objeto de mantener el orden público o facilitar la administración de justicia o por motivos distintos de un hecho punible concreto). Hace un año, la Comisión envió un cuestionario a juristas representativos de todos los continentes y les pidió que prepararan estudios sobre la situación existente en sus países. El cuestionario abarcaba los temas siguientes:

1. ¿Cuál es la base jurídica que permite decretar la detención preventiva o una medida privativa de libertad con objeto de mantener el orden público o facilitar la administración de justicia o por motivos distintos de un hecho punible concreto? ¿Cuáles son la duración y condiciones de tales medidas?

2. ¿Cuáles son los motivos por los que puede decretarse la detención preventiva o una medida de privación de libertad (imputación de un hecho punible concreto, otros motivos, etc.)?
3. ¿Qué autoridad puede decretar la ejecución de medidas de esta clase?
4. Dígase si es necesario comunicar al detenido de manera concreta por qué se ha decretado su detención o privación de libertad.
5. Dígase si la autoridad tiene a este respecto atribuciones discrecionales y, más concretamente, si los motivos por los que se decreta la detención o privación de libertad pueden ser examinados por los tribunales o ser reparados eficazmente de otro modo.
6. ¿Cuáles son los derechos sustantivos y procesales del detenido, o posible detenido, en toda circunstancia en que las autoridades competentes examinen la cuestión de su detención o posible detención? ¿Tiene, en particular, el derecho a ser asistido por abogado?
7. Menciónense ejemplos de casos concretos dentro del sistema objeto de examen en los que se hayan decretado órdenes de detención y consígnense estadísticas sobre la frecuencia con que ocurren.

En el momento de entrar en prensa, se ha recibido material suficiente para otro número de la *Revista*. Los artículos que aparecen en este número se insertan por el orden de su llegada a la sede de la Comisión; no se ha intentado en manera alguna establecer un equilibrio geográfico o político. Así, pues, el lector hallará, desde el punto de vista geográfico, trabajos que reflejan diversos sistemas jurídicos y podrá apreciar las distintas perspectivas desde las que nuestros colaboradores han abordado la cuestión.

Tengo ahora el doloroso sentimiento de comunicar la desaparición de uno de los autores que colaboraron en la preparación del presente número, el distinguido investigador jurídico y amigo de la Comisión Dr. Vladimir Gsovski, jefe de la División de Derecho Europeo, Sección Jurídica de la Biblioteca del Congreso, Washington. Su eminencia como jurisconsulto se cimentaba sobre una vastísima cultura y una profunda comprensión de los problemas jurídicos de nuestra época. Tuvo una actuación descollante en el Congreso Internacional de Juristas que se celebró en Atenas en 1955, y en muchas otras ocasiones había colaborado estrechamente con la Comisión. Su pérdida se hará sentir con particular intensidad en el campo del

derecho comparado y de los estudios soviéticos, de los que el Dr. Gsovski fue promotor y, hasta el final de su vida, uno de los expertos más activos y más penetrantes. El artículo que aparece en este número es el último de su pluma; quedó terminado menos de dos meses antes de su prematura muerte.

En la portada de la *Revista* se relacionan los nombres de los miembros de la Junta Asesora, que tendrá en adelante carácter permanente. Está formada por siete catedráticos de derecho y por un magistrado de Tribunal Supremo, figuras todas de nombradía internacional. El lector estará familiarizado con los nombres de todas, o casi todas, las destacadas personalidades que han aceptado amablemente la tarea de contribuir a que la *Revista* refleje las corrientes del pensamiento jurídico de todo el mundo y conserve el rigor científico que caracteriza su contenido. Tengo la seguridad de que su concurso producirá excelentes resultados; sus orientaciones serán acogidas con el más sincero aprecio por cuantos comparten la responsabilidad de editar las publicaciones de la Comisión.

JEAN-FLAVIEN LALIVE
Secretario general

LEY DE LAGOS

La Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley, a la que asisten 194 jueces, abogados en ejercicio y profesores de derecho de veintitrés naciones africanas, así como de nueve países de otros continentes, reunida en Lagos, Nigeria, en enero de 1961, bajo la égida de la Comisión Internacional de Juristas, tras discutir libre y francamente acerca del imperio de la ley, particularmente en lo tocante a Africa, y tras llegar a conclusiones sobre los derechos humanos en relación con la seguridad del Estado, los derechos humanos en relación con diversos aspectos del derecho penal y administrativo, y la responsabilidad de la judicatura y la abogacía en orden a la protección de los derechos del individuo en la sociedad,

Proclama solemnemente que el imperio de la ley es un concepto dinámico que debe utilizarse para salvaguardar y dilatar la voluntad del pueblo y los derechos políticos del individuo y para establecer las condiciones sociales, económicas, educativas y culturales necesarias para que el individuo satisfaga su dignidad y consiga sus legítimas aspiraciones en todos los países, dependientes o independientes,

Reafirma el Acta de Atenas y la Declaración de Delhi, particularmente en lo tocante a Africa, y

Declara

1) que los principios enunciados en las *Conclusiones* de la Conferencia, que se acompañan anexas, deben aplicarse en toda sociedad, sea o no libre, si bien el imperio de la ley no podrá prevalecer plenamente a menos que se creen órganos legislativos de conformidad con la voluntad del pueblo reflejada en una constitución libremente aceptada,

2) que, con objeto de mantener adecuadamente el imperio de la ley, todos los gobiernos han de aplicar en sus poderes legislativos el principio de la representación democrática,

3) que los derechos humanos fundamentales, en especial el derecho a la libertad personal, han de quedar expresamente garantizados en las constituciones de todos los países y que, en época de paz, no debe restringirse la libertad personal, salvo en virtud de sentencia dictada por un tribunal de justicia, previo juicio,

4) que, animada por el deseo de llevar plenamente a la práctica la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, esta Conferencia invita a los gobiernos africanos a que estudien la posibilidad de aprobar una convención africana de derechos humanos, de modo que las *Conclusiones* de la Conferencia queden garantizadas mediante la creación de un tribunal dotado de la jurisdicción apropiada y al que pueda recurrir toda persona bajo la soberanía de los Estados signatarios.

5) que, con objeto de extender los principios y la aplicación práctica del imperio de la ley, incumbe a los jueces, abogados en ejercicio y profesores de derecho de los países africanos tomar medidas encaminadas a crear secciones de la Comisión Internacional de Juristas.

Esta Resolución llevará el nombre de LEY DE LAGOS.

Hecho en Lagos, a los siete días de enero de mil novecientos sesenta y uno.

CONFERENCIA AFRICANA SOBRE EL IMPERIO DE LA LEY

LAGOS, NIGERIA, 1961

CONCLUSIONES

PRIMERA COMISIÓN

Los derechos humanos y la seguridad del Estado: los poderes legislativo, ejecutivo y judicial

I

1. Las exigencias propias de la sociedad moderna obligan al poder legislativo a delegar en el ejecutivo la facultad de dictar normas con fuerza de ley.
2. La facultad del poder ejecutivo para dictar normas o reglamentos con fuerza de ley ha de basarse en el mandato expreso del poder legislativo; estas normas y reglamentos habrán de ser objeto de aprobación por dicho órgano. Han de definirse con claridad el objeto y el alcance de tal facultad del poder ejecutivo.
3. El poder judicial ha de tener competencia para determinar, con respecto a todos los casos en que así se pida, si existen las circunstancias o se han reunido las condiciones bajo las cuales ha de ejercerse, o se ha ejercido, tal facultad.
4. Toda constitución habrá de disponer que, salvo en circunstancias excepcionales y en la medida de lo posible, la facultad normativa sólo deberá delegarse en relación con cuestiones de índole económica y social, y que el ejercicio de tales atribuciones no deberá menoscabar ningún derecho humano fundamental.
5. La proclamación del estado de excepción es una cuestión de suma gravedad pues afecta directamente a los derechos humanos y puede menoscabarlos. A juicio de esta Conferencia, los actos que ponen en peligro la existencia de la nación, tales como los resultantes de un repentino alzamiento militar, quizá exijan la adopción de medidas urgentes y radicales por parte del Ejecutivo que, por la naturaleza misma de las cosas, sólo pueden ser ratificados mediante leyes y la revisión judicial *a posteriori*. En todo otro caso, incumbe, sin embargo, al parlamento, debidamente reunido con tal fin, declarar si existe o no un estado de excepción. Si es imposible o inoportuno reunir al parlamento con ese fin (por ejemplo, durante las vacaciones parlamentarias), el poder ejecutivo estará facultado para

declarar el estado de excepción, pero en tal caso el parlamento habrá de reunirse seguidamente cuanto antes.

6. A juicio de la Conferencia, existe un grave riesgo cuando, en palabras del relator general, "los ciudadanos, como consecuencia de medidas legislativas o ejecutivas o por el abuso del sistema judicial, han de vivir en un estado permanente de excepción".

7. La Conferencia considera que, siempre que se ejerzan las atribuciones relativas al estado de excepción, toda persona que sufra lesión en sus derechos habrá de tener acceso a los tribunales para determinar si tales atribuciones han sido aplicadas de manera legal.

II

La Conferencia, tras examinar los derechos y las obligaciones que corresponden a las instituciones legislativas, ejecutivas y judiciales y sus funciones relativas a los derechos humanos y la seguridad del Estado, en particular con respecto a la observancia del imperio de la ley en los países africanos independientes y dependientes y en otros países, y tras tomar nota de las acusaciones según las cuales se aplican leyes discriminatorias basadas en consideraciones de raza, color y credo, con detrimento para los derechos fundamentales de sectores importantes de la población,

Pide a la Comisión Internacional de Juristas que investigue, examine, estudie y dé a conocer las condiciones jurídicas reinantes en Africa y en otras partes, en particular con respecto a la aplicación del imperio de la ley y a la observancia de los derechos humanos fundamentales.

SEGUNDA COMISIÓN

Los derechos humanos en relación con diversos aspectos del derecho penal y administrativo

El imperio de la ley tiene validez y aplicación universales pues abarca las instituciones y los principios de justicia que se consideran mínimos para garantizar los derechos humanos y la dignidad del hombre.

Como preámbulo complementario de estas *Conclusiones*, la Conferencia decide incorporar el siguiente texto de las *Conclusiones* aprobadas por la Segunda Comisión del Congreso Internacional de Juristas, celebrado en Nueva Delhi, India, en 1959:

"El imperio de la ley se basa no sólo en la adopción de garantías adecuadas contra los abusos que el poder ejecutivo haga de sus atribuciones, sino también en la existencia de un gobierno efectivo, capaz de mantener la ley y el orden y de garantizar para los miembros de

la sociedad condiciones de vida apropiadas en las esferas económica y social.

“Por consiguiente, las condiciones siguientes relativas al poder ejecutivo y al imperio de la ley se han formulado suponiendo que se cumplen ciertas condiciones, o que están a punto de ser cumplidas en el caso de los países llegados recientemente a la independencia y que todavía tienen que hacer frente a difíciles problemas de orden económico y social. En estas condiciones, es necesario que el poder ejecutivo esté investido de atribuciones y medios suficientes para desempeñar sus funciones íntegra y eficazmente. Es necesario también que el poder legislativo sea elegido mediante un procedimiento democrático y no esté sujeto a la influencia del poder ejecutivo, en lo referente a las modalidades de elección y los demás aspectos de su funcionamiento. Es necesario igualmente que el poder judicial sea independiente y ejerza sus deberes sin temor. Por último, es necesario que el gobierno se consagre con perseverancia a asegurar la existencia en la sociedad de condiciones económicas y sociales que garanticen para todo el pueblo niveles decorosos de seguridad económica, servicios sociales y educación.”

1. Teniendo plenamente en cuenta e incorporando aquí, por referencia expresa, el inciso a), párrafo 3, Sección III, de las *Conclusiones* aprobadas por la Primera Comisión del antes mencionado Congreso Internacional de Juristas de Nueva Delhi,¹ la Conferencia reconoce y acepta que las leyes que autoricen la adopción de medidas administrativas por el poder ejecutivo no han de establecer distinciones basadas en consideraciones de raza, credo y sexo o en otros motivos de índole análoga, y que toda medida discriminatoria contenida en la legislación ha de considerarse contraria al imperio de la ley.
2. Si bien se reconoce que en muchos casos quizá no sea apropiado que los tribunales ordinarios investiguen si está o no fundado cierto acto administrativo del poder ejecutivo, se conviene en que la persona lesionada ha de poder ejercitar su derecho de acceso a:
 - a) un sistema de tribunales administrativos con jurisdicción independiente, o,
 - b) si no existe tal sistema, a un tribunal administrativo sujeto a la autoridad suprema de los tribunales ordinarios.
3. Los requisitos mínimos de tales medidas administrativas y de la revisión judicial subsiguiente que se recomienda en el párrafo 2 son los siguientes:
 - a) que se comuniquen íntegramente a la persona lesionada las razones en que se basan las medidas del poder ejecutivo, y
 - b) que se conceda a la persona lesionada la audiencia apropiada, y

¹ “El poder legislativo... no debe hacer discriminación alguna entre individuos, clases de personas o grupos minoritarios por motivos de raza, religión, sexo, u otros parecidos, que no constituyen una base adecuada para que se distinga entre seres humanos, clases o minorías.”

- c) que los motivos en que el poder ejecutivo base las medidas tomadas no se consideren concluyentes, sino que sean examinados objetivamente por el tribunal.
4. Es conveniente que, de ser ello razonable habida cuenta de las circunstancias, las medidas del poder ejecutivo se suspendan mientras sean objeto de revisión por los tribunales.
5. (1) Ninguna persona mentalmente sana será privada de su libertad, salvo bajo la acusación de un hecho punible concreto; además, salvo en caso de urgencia pública, se considera como contraria al imperio de la ley la detención preventiva sin juicio.
- (2) En caso de urgencia pública, las leyes autorizan a menudo la detención preventiva de un individuo si el poder ejecutivo considera que la seguridad pública así lo requiere. Tales leyes han de poner a disposición del individuo salvaguardias contra un continuado internamiento arbitrario que consistan en una pronta audiencia y decisión administrativa con respecto a la necesidad y la justificación de la detención y estén acompañadas por el derecho a la revisión judicial. Ha de exigirse que toda declaración de urgencia pública por el poder ejecutivo se comunique al legislativo y quede sujeta a su ratificación. Además, tanto la declaración de urgencia pública como las detenciones subsiguientes que se efectúen sólo serán efectivas durante un espacio de tiempo especificado y limitado (que no podrá exceder de seis meses).
- (3) El poder ejecutivo sólo podrá ampliar el periodo de urgencia pública tras un examen cuidadoso y maduro de las razones que lo justifiquen. Por último, mientras dure la urgencia pública, el poder ejecutivo sólo deberá tomar las medidas que puedan justificarse razonablemente teniendo en cuenta la necesidad de atender a la situación existente durante dicho periodo.
6. Los tribunales y los jueces permitirán la liberación o la permanencia en libertad del acusado antes del juicio, salvo en las circunstancias siguientes que se consideran motivos apropiados para denegar la libertad bajo fianza:
- a) en el caso de un delito muy grave;
 - b) si es probable que el acusado ejerza influencia sobre los testigos o altere el curso de la justicia;
 - c) si es probable que el acusado cometa el mismo delito u otro distinto;
 - d) si existe la posibilidad de que el acusado deje de concurrir a juicio.
7. La facultad de conceder la libertad bajo fianza es una función judicial que no ha de estar sujeta a la fiscalización del poder ejecutivo. Si bien el tribunal ha de escuchar y estudiar las opiniones y

gestiones del poder ejecutivo, el hecho de que prosiga la instrucción de la causa no es motivo suficiente para denegar la libertad bajo fianza. El importe de ésta ha de estar en armonía con las posibilidades económicas del acusado y, previo recurso o petición separada, un tribunal superior ha de tener la facultad de poner en libertad provisional al acusado a quien haya negado tal beneficio un tribunal inferior.

8. Una vez dictada sentencia y antes de la revisión, el tribunal de enjuiciamiento o el de apelación podrán discrecionalmente poner en libertad provisional al reo a reserva de los motivos relacionados en el párrafo 6.

9. Se recomienda que, en vez de la detención y la necesidad consiguiente de utilizar el sistema de la fianza y la libertad provisional, se haga mayor empleo de la citación por la que se requiere la comparecencia en juicio para responder de un acto punible.

TERCERA COMISIÓN

La responsabilidad de la judicatura y la abogacía en orden a la protección de los derechos del individuo en la sociedad

La Conferencia reafirma las *Conclusiones* a que llegó la Cuarta Comisión del Congreso Internacional de Juristas, celebrado en Nueva Delhi, India, 1959, que se acompañan como apéndice, y, teniendo en cuenta los problemas especiales de los Estados en proceso de formación, desea poner de relieve ciertas cuestiones y añadir algunas consideraciones.

1. Es indispensable que, en toda sociedad libre regida por el imperio de la ley, esté garantizada la independencia absoluta del poder judicial. Los miembros de la profesión jurídica de cualquier país tienen, además y por encima de sus obligaciones ordinarias en calidad de ciudadanos, la obligación especial de esforzarse por que en su país se asegure al poder judicial el mayor grado posible de independencia.

2. La Conferencia sabe que pueden variar de un país a otro los procedimientos para nombrar, ascender y destituir a los jueces en virtud de medidas tomadas por los poderes ejecutivo y legislativo. No se recomienda la supresión de tales facultades si su efectividad ha sido reconocida universalmente a lo largo de un dilatado periodo y siempre que se ajusten a los principios enunciados en las Secciones II, III, IV y V del Informe presentado por la Cuarta Comisión del Congreso de Nueva Delhi.

3. En relación con todo país cuyos métodos de nombramiento, ascenso y destitución de los jueces no estén definitivamente fijados o no garanticen la independencia del poder judicial, se recomienda:

- a) que tales facultades no se transfieran a los poderes ejecutivo o legislativo, sino que se atribuyan exclusivamente a un órgano independiente, tal como la *Judicial Service Commission* de Nigeria o el *Conseil supérieur de la magistrature* de los países africanos de habla francesa;
 - b) que en todo país en que todavía no esté garantizada plenamente la independencia del poder judicial de conformidad con estos principios, éstos se apliquen inmediatamente con respecto a todos los jueces, en especial los que tienen atribuida la jurisdicción criminal.
4. Se recomienda que todas las leyes consuetudinarias, tradicionales o locales sean aplicadas por los tribunales de justicia ordinarios, y se pone de relieve que, mientras la justicia sea administrada por tribunales especiales, se aplican a éstos todos los principios enunciados en la presente ocasión y en Nueva Delhi para salvaguardar el imperio de la ley.
5. La práctica seguida en determinados territorios, en virtud de la cual las facultades judiciales, especialmente en los casos criminales, son ejercidas por personas que carecen de formación o experiencia jurídicas adecuadas o que, en su calidad de funcionarios administrativos, están sujetas a la autoridad del poder ejecutivo, no está en consonancia con el imperio de la ley.
6. a) Para mantener el respeto por el imperio de la ley, es necesario que la profesión jurídica esté al margen de toda ingerencia en sus asuntos.
 - b) En los países en que la abogacía está organizada corporativamente, los abogados han de tener el derecho de regular el ingreso en la profesión y de ejercer funciones disciplinarias con arreglo a las normas establecidas por la ley.
 - e) En los países en que la abogacía no está organizada corporativamente, incumbe al poder judicial, actuando en consulta con los letrados más antiguos, ejercer las funciones disciplinarias dentro de la profesión; éstas jamás deben ser ejercidas por el poder ejecutivo.
7. La Conferencia reafirma la Sección X de las *Conclusiones de la Cuarta Comisión del Congreso de Nueva Delhi* y recomienda que se tomen todas las medidas necesarias para asegurar la igualdad del acceso a la justicia tanto para el rico como para el pobre, especialmente mediante el establecimiento y la organización de un sistema de asistencia jurídica tanto en los casos criminales como en los asuntos civiles.
8. La Conferencia reafirma expresamente el principio de que las leyes retroactivas, en especial las relativas a las cuestiones criminales, están en pugna con el imperio de la ley.

Apéndice

INFORME DE LA CUARTA COMISIÓN
CONGRESO INTERNACIONAL DE JURISTAS, NUEVA DELHI, 1959

El poder judicial y el foro bajo el imperio de la ley

SECCIÓN I

En toda sociedad libre regida por el imperio de la ley, es requisito indispensable que el poder judicial sea independiente. Ello quiere decir que el juez ejercerá sus funciones libre de toda intromisión por parte de los poderes ejecutivo o legislativo, por más que el juez no pueda actuar de manera arbitraria. Su deber es interpretar la ley, los principios generales de derecho y los supuestos sobre los que se basan la ley y el derecho. El concepto de independencia judicial enunciado en el presente párrafo implica la adopción de medidas que hagan posible remunerar de manera adecuada a los miembros del poder judicial e implica además que, mientras el juez ejerza sus funciones, no podrá reducirse en forma alguna el importe de la remuneración por él percibida.

SECCIÓN II

Varían de un país a otro los métodos empleados para nombrar, confirmar (en caso necesario) y ascender a los jueces, mediante la intervención de los poderes legislativo y ejecutivo, de la misma judicatura y de representantes de las diversas profesiones forenses y, en algunos casos, mediante la intervención conjunta de varios de dichos organismos. La designación de los jueces mediante elección y, en particular, mediante reelección, como ocurre en algunos países, presenta riesgos especiales para la independencia del poder judicial. Será más fácil evitar tales riesgos en los países en que, por tradición, se limita en virtud de un acuerdo previo el número de candidatos y se reducen a un mínimo las controversias políticas. Por otra parte, encomendar el nombramiento de los jueces de modo exclusivo a los poderes legislativo o ejecutivo o a la judicatura acarrea también peligros, y se observa que, en los países que están por lo general satisfechos de la calidad y la independencia de los jueces, existe cierto grado de colaboración (o por lo menos de consulta) entre el poder judicial y el órgano que de hecho nombra a los jueces, ora en virtud de la ley, ora con arreglo a la costumbre.

SECCIÓN III

El principio de la inamovilidad judicial, o sea la garantía de que el juez permanecerá en el cargo hasta su fallecimiento o hasta la edad de retiro fijada, constituye una salvaguardia considerable del imperio de la ley. Si bien no es imposible que un juez nombrado por un periodo determinado dé pruebas de independencia, deberá por fuerza, sobre todo si trata de verse confirmado en sus funciones, enfrentarse con dificultades y presiones mayores que otro juez que goza de seguridad vitalicia en el cargo.

SECCIÓN IV

El hecho de que se admita la posibilidad de destituir a un juez en circunstancias excepcionales no está en pugna con el principio de la inamovilidad judicial, siempre y cuando se expongan los motivos de la medida ante un organismo de carácter judicial que asegure al juez por lo menos las mismas garantías de que beneficiaría un acusado en un juicio penal.

SECCIÓN V

Las consideraciones formuladas en el párrafo precedente son aplicables en el caso de:

- 1) los tribunales civiles y penales ordinarios, y
- 2) los tribunales administrativos o constitucionales que no están sometidos a los ordinarios. Los miembros de los tribunales administrativos, tengan o no la calidad de letrado, y los ciudadanos legos que ejercen otras funciones judiciales (jurados, asesores, jueces de paz, etc.) sólo podrán ser designados y separados de sus cargos de conformidad con el espíritu de las consideraciones antes expuestas, en la medida en que ellas se apliquen a cada caso particular. En todo caso, tales personas están sometidas al deber de ser independientes en el ejercicio de sus funciones judiciales.

SECCIÓN VI

Es indiscutible que incumbe al poder legislativo establecer el ordenamiento jurídico general y sentar los principios a que deban ajustarse los trabajos judiciales, y que, sujeto a las limitaciones fijadas a la facultad de legislar por delegación que han sido definidas en otro lugar, dicho poder está autorizado a transferir parte de sus responsabilidades al poder ejecutivo. Sin embargo, el ejercicio de tales atribuciones por parte del poder legislativo, entre ellas la relativa al traspaso de funciones al poder ejecutivo, no debe ser utilizada como medio indirecto para violar la independencia con que los jueces desempeñan sus funciones.

SECCIÓN VII

Con el objeto de garantizar el imperio de la ley, es indispensable que los letrados puedan organizarse en cuerpos profesionales independientes y libres. Sin embargo, es admisible que los tribunales ejerzan funciones generales de supervisión y que existan normas que regulen la entrada de nuevos miembros en cada cuerpo y el ejercicio de la profesión forense en sus diversas ramas.

SECCIÓN VIII

Sujeto a la obligación de aceptar negocios en circunstancias apropiadas, debe reconocerse al abogado su plena libertad para rechazar cualquier caso que sea ofrecido a su cuidado.

SECCIÓN IX

Si bien, en lo que se refiere a aceptar un negocio, varían de un país a otro las obligaciones de los abogados, puede estimarse que:

- 1) Cuantas veces estén en juego la vida, la libertad, los bienes o el buen nombre de una persona, ésta tiene derecho a hacerse asistir y representar por un abogado. Para que este principio tenga efectividad, es preciso que los abogados estén a menudo dispuestos a asegurar la defensa de personas que estén vinculadas a causas impopulares o que profesan opiniones minoritarias con las que el letrado no coincide en absoluto.
- 2) Cuando un abogado ha aceptado hacerse cargo de un asunto, le está vedado desecharlo en perjuicio de su cliente si no da para ello un motivo justo y suficiente.
- 3) Incumbe al abogado el deber de presentar ante el tribunal todos los medios de derecho y de hecho que estime necesarios para la defensa, sin que deba abrigar temor alguno a las consecuencias de su actuación.

SECCIÓN X

El derecho de toda persona, rica o pobre, a recurrir a la justicia es esencial para que rija el imperio de la ley. Por consiguiente, es indispensable asegurar asesoramiento y representación jurídicos apropiados a toda persona económicamente necesitada y cuya vida, libertad, bienes o buen nombre estén en peligro. Esta ayuda puede prestarse de manera diversa y, por lo general, este principio está actualmente mejor asegurado en los juicios penales que en los civiles. Sin embargo, es necesario determinar el alcance de las consecuencias que dicho principio entraña e importa en particular aclarar si la expresión "asesoramiento y representación jurídicos apropiados" abarca la prestación de tales servicios por parte de abogados que gocen de la eminencia y experiencia requeridas. Es ésta una cuestión que no puede ser considerada independientemente del problema que plantea remunerar de manera adecuada los servicios rendidos por el abogado. Incumbe en primer lugar a las profesiones jurídicas patrocinar la creación de asesorías especiales y hacer valer toda su influencia para que quede asegurada la prestación de asesoramiento y representación jurídicos apropiados. Por su parte, el Estado y la comunidad tienen la obligación de rendir ayuda a las profesiones jurídicas para que éstas puedan llevar a cabo sus responsabilidades.

Lagos, Nigeria
7 de enero de 1961

NOTA PRELIMINAR. — Algunos meses antes de la celebración de la Conferencia de Lagos, la Secretaría de la Comisión Internacional de Juristas preparó un programa para estudiar las cuestiones de que debían ocuparse cada una de las tres comisiones previstas. Este programa se remitió a los invitados a participar en la Conferencia, con el ruego de que expusieran en un informe escrito cómo resuelven las legislaciones nacionales respectivas cada una de las cuestiones. A continuación reproducimos el texto del cuestionario.

PROGRAMA PROPUESTO PARA LA REDACCION DE LOS INFORMES NACIONALES

PRIMERA COMISIÓN

Los derechos humanos y la seguridad del Estado: los poderes legislativo, ejecutivo y judicial

1. (a) — Dígase si algunos órganos del poder ejecutivo pueden dictar legalmente decretos o reglamentos sin haber sido formalmente autorizados al efecto por un texto constitucional o legislativo. En caso afirmativo, ¿cuáles son los límites de tales atribuciones?

(b) — ¿Pueden los decretos o reglamentos así dictados ser objeto de revisión judicial? En caso afirmativo, ¿bajo qué condiciones?

2. (a) — ¿Cuáles son los límites que la constitución fija al derecho del poder legislativo a delegar parte de sus atribuciones a un órgano del poder ejecutivo?

(b) — De no existir disposiciones constitucionales expresas, ¿prevén límites en esta materia los textos legislativos o la jurisprudencia?

3. — ¿A qué autoridad incumbe decidir si existe un estado de excepción?

4. — ¿Puede ser objeto de examen o decisión por parte de un tribunal ordinario o especial la cuestión de saber si existe un estado de excepción?

5. (a) — ¿Tiene el ejecutivo, o uno de sus órganos, atribuciones propias para legislar mientras dure el estado de excepción?

(b) - En caso afirmativo, ¿fijan límites a tales atribuciones la constitución u otra disposición legal?

(c) - ¿Pueden ser objeto de revisión judicial las disposiciones legislativas que así tome el poder ejecutivo?

SEGUNDA COMISIÓN

Los derechos humanos en relación con diversos aspectos del derecho penal y administrativo

1. - ¿En qué medida pueden ser objeto de recurso ante los tribunales las decisiones del poder ejecutivo en las materias seguidamente relacionadas?

(a) - Las restricciones que limitan la libertad de reunión.

(b) - La privación del derecho a ejercer una profesión legalmente autorizada, sea cual fuere el sistema de autorización.

(c) - La negativa de las autoridades competentes a facilitar el permiso necesario para ejercer una profesión legalmente autorizada.

(d) - La privación de la nacionalidad.

(e) - La expulsión de extranjeros.

(f) - Las restricciones que, en forma de incautación o prohibición, limitan la libertad de expresión literaria.

(g) - Los actos que tienden a limitar la libertad de viajar dentro o fuera del país.

(h) - La expropiación de bienes privados sin indemnización adecuada.

(i) - Los actos que afecten a los demás derechos garantizados por la constitución.

2. - ¿Puede detenerse a una persona por razón de "seguridad pública" sin que se le acuse de un acto punible concreto? En caso afirmativo, ¿bajo qué condiciones?

3. (a) - ¿Cómo interpretan los órganos del poder ejecutivo el concepto de "seguridad pública", en el sentido en que tal concepto se utiliza en el párrafo precedente?

(b) - ¿Se define tal concepto en un texto legislativo?

(c) - ¿Ha sido tal concepto objeto de interpretación por la jurisprudencia, por ejemplo, en virtud de la facultad de revisión judicial?

(d) - ¿Se requiere para una detención la adopción previa de una decisión judicial, o bien puede una detención ser objeto de recurso ante la autoridad judicial?

4. - ¿En qué condiciones puede ponerse en libertad provisional al detenido mediante la prestación de fianza?

(a) — ¿Cuáles son el alcance y las limitaciones del derecho a pedir la libertad provisional?

(b) — ¿Cuál es la autoridad competente para decretar o negar la libertad provisional?

(c) — ¿Cuáles son las disposiciones constitucionales u otras disposiciones legislativas por las que se determina la calidad y cantidad de la fianza? ¿Cuáles son los criterios aplicados al respecto?

(d) — ¿Cuáles son los medios eventuales de recurso contra la denegación de la libertad provisional bajo fianza?

TERCERA COMISIÓN

La responsabilidad de la judicatura y la abogacía en orden a la protección de los derechos del individuo en la sociedad

1. — ¿Cuáles son las disposiciones legales o los usos que, en la práctica, garantizan la independencia del poder judicial en cuanto a lo siguiente:

(a) — el nombramiento de los jueces;

(b) — la seguridad en el cargo, teniendo particularmente en cuenta la posibilidad de ingerencias por parte de los poderes legislativo o ejecutivo o de uno de ellos;

(c) — la separación?

2. — ¿Cuál es la autoridad competente para fijar las reglas de organización judicial y el procedimiento?

3. — ¿Existen disposiciones constitucionales o legislativas que prohiban al poder legislativo intervenir en las causas que se tramiten ante los tribunales?

4. (a) — ¿En qué medida puede administrarse autónomamente la profesión jurídica organizada en cuerpo social?

(b) — ¿Qué órganos ejercen o comparten facultades de inspección sobre la profesión jurídica? ¿Qué efectos tiene el ejercicio de tales facultades sobre la independencia de la abogacía?

5. — ¿De qué manera se garantiza el libre acceso a la justicia?

(a) — ¿Es posible, en principio, recibir asesoramiento jurídico y, en caso necesario, asistencia por abogado, sea cual fuere la situación financiera del interesado, en las causas criminales o en los asuntos civiles?

(b) — En caso afirmativo, ¿qué restricciones limitan el derecho a recibir asesoramiento o asistencia por abogado en forma gratuita o mediante retribución parcial?

(c) - ¿En qué medida están los miembros de la profesión jurídica dispuestos a prestar sus servicios, de manera total o parcialmente gratuita, cuando estén en peligro la vida, la libertad, los bienes o el buen nombre de una persona?

(d) - En caso de existir consultorios jurídicos o sistemas de asistencia por abogado, total o parcialmente gratuitos, ¿tienen el renombre y la experiencia necesarios los abogados dispuestos a prestar su concurso?

6. - ¿En qué medida gozan la judicatura y la abogacía de ascendencia moral en el seno de la colectividad, y cuál es el concurso que, fuera de los tribunales, una y otra pueden prestar a los poderes ejecutivo y legislativo para que el imperio de la ley prevalezca cada vez con mayor eficacia?

LA SIGNIFICACION DE LA CONFERENCIA DE LAGOS

El hecho de que, en enero de 1961, 194 jueces, profesores de derecho y juristas profesionales procedentes de veintitrés países africanos y de nueve países de otros continentes escogieran Lagos para reunirse y deliberar sobre el imperio de la ley tiene, para los africanos, el valor de un símbolo que deseo subrayar desde un principio:

- Por una parte, esta elección prueba que han pasado ya los tiempos en que, para encontrarse, los africanos debían salir de África; en la actualidad, las reuniones tienen lugar en la misma África.
- Por otra parte, esta elección da pie para la alentadora comprobación de que, después de la proclamación de la independencia de los Estados africanos, el continente africano se ha convertido en tierra de libertad.

Todas las iniciativas que, como la de la Comisión Internacional de Juristas, acrecientan los intercambios intelectuales mediante contactos humanos, facilitan las comunicaciones espirituales entre los Estados de habla francesa y los de habla inglesa y contribuyen así a superar las barreras del idioma, prestan al Africa un señalado servicio.

El Congreso celebrado en Nueva Delhi en enero de 1959 puso de manifiesto el carácter dinámico del principio del imperio de la ley, cuya finalidad es "no sólo salvaguardar y promover los derechos civiles y políticos del individuo en una sociedad libre, sino también crear condiciones sociales, económicas, culturales y de educación bajo las cuales puedan cumplirse plenamente las aspiraciones legítimas del hombre y quede garantizada su dignidad".

Podría haberse dado, pues, a este Congreso el lema: "Libertad individual y justicia social".

Sin embargo, el cumplimiento de las condiciones que se especifican en la declaración antes mencionada ha de lograrse mediante un proceso continuo que entraña la elaboración de planes económicos sucesivos, realizados a lo largo de periodos tanto más dilatados cuanto que se aplican a países insuficientemente desarrollados que sólo disponen de medios de inversión muy limitados.

En esos países, en los que el Estado es casi el único proveedor de bienestar, mediante la administración pública o los organismos cooperativos y estatales de producción, y en los que no existen factores autónomos de estabilidad, se corre el gran peligro de que la

continuidad y la autoridad del Estado estén siempre puestas en entredicho, tal como lo está la estabilidad gubernamental. Así, pues, la revolución de carácter endémico, generadora de dictaduras o de luchas de clanes rivales, polarizadora de toda actividad y causa de disolución de la nación, de lo que ciertos países de la América del Sur han dado ejemplos que invitan a meditar, constituye uno de los peligros que los países insuficientemente desarrollados han de evitar si quieren conseguir el objetivo principal que para ellos es la liberación del hombre.

¿Quiere esto decir que los países industrializados no tropiezan con problemas análogos? Claro que no, pero su gravedad es menos acusada.

Por esta razón, en Lagos se enfrentaron dos conceptos a menudo contradictorios: "la libertad individual" y "la autoridad necesaria del Estado".

Algunos han llegado a preguntarse si, habida cuenta de las necesidades específicamente africanas, no había que aceptar la existencia de un concepto exclusivamente africano del imperio de la ley.

Claro está que la respuesta es afirmativa, pero no hay en tal caso contradicción alguna. En efecto, el principio del imperio de la ley universal exige que todas nuestras instituciones políticas, económicas y jurídicas estén concebidas para el hombre y no el hombre para las instituciones y, al mismo tiempo, existen principios de legalidad privativos del Africa.

Por ello, y para conseguir el objetivo de la Comisión Internacional de Juristas, esto es, averiguar qué instituciones y qué procedimientos, no siempre idénticos, pero sí frecuentemente análogos, contribuyen al pleno desarrollo de la persona humana, la Conferencia de Lagos precisó cuál ha de ser el contenido de la ley escrita necesario para que se respete el imperio de la ley, habida cuenta de las necesidades específicamente africanas.

Ahora bien, deseo subrayar con vigor que en Africa la liberación del hombre, finalidad del principio universal del imperio de la ley, no podrá lograrse si no se satisfacen necesidades tales como la independencia, la unidad, la democracia y el desarrollo económico.

Por la misma razón, al aplicarse en Africa, el imperio de la ley habrá de realizar una síntesis entre el derecho moderno y el consuetudinario.

En las resoluciones aprobadas en Lagos, se trató, es cierto, de elaborar reglas precisas en lo concerniente a las relaciones entre los tres poderes o, mejor dicho, en los términos empleados por los juristas contemporáneos, las tres funciones legislativa, gubernamental y judicial, con objeto de defender la libertad individual sin poner en peligro la necesaria continuidad del Estado. En efecto, hay que reconocer que, en teoría, estos dos principios persiguen objetivos complementarios, pero que, en su aplicación práctica, entran en

conflicto. El Estado, lejos de ser una entidad jurídica despersonalizada, tiene órganos representativos humanos cuyos intereses no se identifican necesariamente con los del Estado.

En este caso entran en juego las garantías recíprocas consignadas en las constituciones o en las leyes escritas para evitar que las instituciones se desvíen de sus fines.

Con todo, para evitar el escollo de la dictadura o la tecnocracia, ha de completarse estos mecanismos legales la acción del partido dominante.

Entre la concepción, tradicional en los países de civilización capitalista, de los partidos políticos que sólo intervienen legalmente en la vida nacional en el momento de las elecciones para facilitar la decisión de los electores, y la de los países totalitarios en los que sólo se reconoce al partido único, cuyas decisiones tienen fuerza de ley y que no tolera oposición alguna, creemos nosotros que existe la posibilidad de una vía más democrática.

Consciente de que el sectarismo y el dirigismo intelectual y moral son factores de estacionamiento y oscurantismo, Africa piensa beneficiarse de los progresos que siempre dimanar de la libertad del pensamiento y expresión, unida a la audacia y probidad intelectuales. Por tal razón, la oposición política ha de ser reconocida legalmente a partir del momento en que no pretende imponerse mediante procedimientos que, por el ejercicio de la fuerza bruta, son la negación misma de la libertad.

Por otra parte, una vez terminadas las elecciones, el partido dominante no se adormece hasta la próxima consulta electoral. Permanece estrechamente asociado a la vida nacional mediante los hombres que ha llevado al gobierno, garantiza así el ejercicio de una influencia constante sobre la dirección de los asuntos del Estado, e informa al Gobierno de la manera más directa posible acerca de las necesidades del pueblo y de las consecuencias reales, buenas o nefastas, de las medidas tomadas o proyectadas.

Con ello, se acrecienta además la eficacia de la acción gubernamental, en la medida en que el conocimiento de ésta se difunda, explique o sostenga por el conjunto del partido dominante.

Ésta es, a mi entender, la significación de la primera Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley y éstas, las reflexiones que luego me ha inspirado.

Al promover y celebrar la Conferencia de Lagos, la Comisión Internacional de Juristas ha contribuido eficazmente al cumplimiento de los votos que, día y noche, no cesamos de formular por el bien de Africa, votos de liberación, votos de unidad, de liberación casi lograda, de unidad difícil de lograr; tengamos, no obstante, la seguridad de que la solidaridad africana, sostenida por la de los hombres de buena voluntad y buena fe de todos los continentes, permitirá a nuestra generación sentar los cimientos sobre los que

nuestros hijos erigirán el monumento imperecedero que nuestros pueblos deben a la humanidad en pos de justicia, libertad y fraternidad.

Así, este continente, el último de los que han conseguido la independencia, cumplirá la misión para la que está predestinado por el genio peculiar de sus pueblos, formados por múltiples aportaciones de grupos étnicos en proceso de fusión y por civilizaciones diversas que se completan entre sí para contribuir al nacimiento de la civilización de lo Universal.

Gabriel d'ARBOUSSIER *

Dakar, 7 de enero de 1961.

* Guardasellos y ministro de Justicia del Senegal.

REFLEXIONES SOBRE LA LEY DE LAGOS

La Comisión Internacional de Juristas celebró su primera Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley en Lagos, del 3 al 7 de enero de 1961. Asistieron, en total, 194 jueces, abogados en ejercicio y profesores de derecho de 23 países africanos y de otros 9 países. El tema general de la Conferencia fue "Los actos de gobierno, la seguridad del Estado y los derechos humanos", abordado, para facilitar un examen detenido, desde las perspectivas siguientes: 1) los derechos humanos y la seguridad del Estado: los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; 2) los derechos humanos en relación con diversos aspectos del derecho penal y administrativo; y 3) la responsabilidad de la judicatura y la abogacía en orden a la protección de los derechos del individuo en la sociedad. Cada tema particular fue examinado por una Comisión y, tras deliberar durante una semana, fueron aprobadas Conclusiones cuyo texto se reproduce en las páginas 12 a 20 de esta *Revista*.

La Conferencia perseguía los objetivos siguientes:

- a) Examinar los principales problemas con que se enfrentan la judicatura y la abogacía africanas, teniendo particularmente en cuenta los principios del imperio de la ley elaborados por el Congreso Internacional de Juristas celebrado en Nueva Delhi.
- b) Ofrecer a abogados procedentes de regiones africanas con tradiciones culturales y jurídicas distintas la posibilidad de familiarizarse con la opinión, tal vez distinta, de sus colegas, y examinar si existe en África una base común para el futuro desarrollo de actividades jurídicas.
- c) Facilitar el intercambio de experiencias y opiniones entre los abogados africanos y destacados juristas de los demás continentes en torno a temas jurídicos de actualidad en los Estados recientemente emancipados.
- d) Estrechar los vínculos personales y de organización entre la Comisión Internacional de Juristas y las asociaciones profesionales, los jueces y las entidades de estudios jurídicos e investigación de África.
- e) Averiguar si la Comisión Internacional de Juristas puede contribuir a la formación de abogados y al fortalecimiento de la independencia y prestigio de la judicatura y la abogacía.
- f) Estudiar la posibilidad de que la Comisión Internacional de Juristas emprenda en África un programa de largo alcance.

Ninguno de los participantes tiene la menor duda de que la Conferencia fue un gran éxito, sea cual fuere el punto de vista desde el que se evalúe lo ocurrido en esa semana. Por primera vez en la historia del continente africano, se congregaron juristas procedentes de los territorios de habla inglesa y de habla francesa, del Reino Unido, de la América del Norte y de Asia, para debatir casi todos los problemas de mayor trascendencia jurídica y constitucional para las naciones en proceso de formación, en un ambiente de sobria reflexión. Cada uno de los temas del programa fue objeto del análisis, debate y críticas más minuciosos por parte de algunas de las mentes más perspicaces del mundo jurídico. El factor que más esclareció las discusiones no fue la madurez intelectual de los participantes, sino la hondura y la firme convicción con que juristas de distinta formación jurídica pusieron sus diversas experiencias al alcance de todos.

Las tradiciones jurídicas y constitucionales angloamericanas pudieron compararse a menudo con los sistemas jurídicos continentales europeos, en especial con los de Francia, los Países Bajos y otras naciones. En consecuencia, las dos corrientes principales del pensamiento jurídico pudieron confrontarse, con valiosos resultados, como nunca había sido posible en una reunión jurídica de esta clase. Ambos grupos pudieron apreciar con mayor nitidez algunos, por lo menos, de los distintos modos de abordar los problemas que caracterizan sus instituciones jurídicas. Con frecuencia, ello redundó en una comprensión más profunda de las comunes preocupaciones humanas en las esferas jurídicas y judiciales, como pocas veces había sido posible antes para los asistentes.

Hasta la celebración de la Conferencia, los abogados y los jueces africanos no habían tenido jamás la ocasión de estudiar juntos sus problemas comunes, desde un punto de vista racional y positivo. No hay duda de que, a veces, fue difícil superar los problemas derivados de la diversidad de idiomas; hubo ocasiones en que algunos de los africanos de habla francesa o inglesa deseaban conocer más a fondo un problema, y en que su ardor y entusiasmo se vieron gravemente entorpecidos por la falta de un medio de comunicación. No podía ofrecerse prueba más patente de la necesidad en que se hallan los nuevos dirigentes africanos de conocer bien, por lo menos, inglés y francés, para que sus esfuerzos en pos de objetivos comunes sean más fecundos y eficaces. No se crea por eso que las diferencias en materia de idiomas trabaran de manera grave el desarrollo de la Conferencia, pues el sistema de interpretación simultánea que funcionó tanto en la Cámara de Representantes como en el adjunto Palacio del Senado, en los que tuvieron lugar las sesiones plenarias y las deliberaciones de las Comisiones, eliminaron virtualmente casi todos los motivos de queja que hubiera podido suscitar la carencia de medios de comunicación. Por lo

demás, el secretario general y la mayoría del personal de la Comisión hablan perfectamente inglés y francés, y lo mismo ocurría con varios de los participantes, tanto entre los procedentes de los territorios de habla inglesa como de los de habla francesa. Estas son las circunstancias que habrá de tener presente quien desee evaluar adecuadamente la Conferencia, tanto si considera las intensas deliberaciones de las tres Comisiones como las sesiones plenarias.

Otro importante resultado de la Conferencia fue la diversidad de oportunidades que deparó a los tres grupos principales de participantes. Los jueces procedentes de regiones separadas por enormes distancias pudieron comparar notas acerca de los problemas comunes a la administración de justicia y acerca de las funciones judiciales para el mantenimiento de la ley y el orden. Los juristas profesionales también pudieron examinar los problemas comunes de la abogacía y las responsabilidades de los letrados hacia sus respectivas comunidades. Por fin, los profesores de derecho, formados en distintas tradiciones académicas, manifestaron un interés evidente por examinar los problemas comunes en materia de enseñanza jurídica y análisis legista y las dificultades que aguardan a las instituciones jurídicas africanas recientemente formadas, a la luz de las tradiciones enraizadas de las democracias más antiguas.

Ello no obstante, la cuestión crucial de las discusiones fue probablemente la preocupación de todos los participantes por la observancia de los derechos humanos fundamentales y por los límites a que ha de ajustarse su ejercicio, de suerte que se preste la atención debida a la seguridad del Estado. Casi todos los participantes deplo- raron los actos de ciertos gobiernos tendentes a acallar las críticas razonables a que da lugar su política en personas bien intencionadas y deseosas de mantener la supremacía del imperio de la ley, y todo el mundo estuvo de acuerdo en propugnar una efectiva libertad de expresión y de prensa, sin pasar por alto las necesidades inherentes a la seguridad del Estado. También se estuvo de acuerdo en que, de ser posible, las medidas que tome el Estado y que tengan como posible resultado la mengua de una cualquiera de las libertades fundamentales habrán de comunicarse prontamente al parlamento del país, de suerte que el asunto sea resuelto plena y públicamente. Por supuesto, la principal dificultad que impide la solución permanente del problema es la imposibilidad de fijar un límite generalmente aceptable a lo que puede hacerse para defender los intereses del Estado, por una parte, y garantizar las libertades individuales, por otra. Se reconoció sinceramente que la cuestión es uno de los problemas perennes de la filosofía política, que ha de tenerse presente de manera constante, aunque sólo sea con el propósito de coartar posibles abusos del Ejecutivo.

Es, pues, evidente que la Comisión consiguió el principal objetivo que se proponía al organizar esta asamblea internacional de

peritos en derecho, es decir, jueces, abogados y profesores. La discusión de difíciles problemas se hizo con franqueza y objetividad, en un ambiente manifiestamente libre de rencores y prejuicios. Todos los participantes estuvieron de acuerdo en que los problemas examinados durante la semana eran de importancia general y hubieran podido ser discutidos con idéntico vigor y penetración en Londres, París, Lima o Brazzaville. Por esta razón, la tentativa a cargo de un pequeño grupo de participantes africanos de establecer lo que hubiera sido un equivalente africano de la Comisión Internacional de Juristas no suscitó entusiasmo alguno entre la abrumadora mayoría de los presentes. Mientras la Comisión Internacional de Juristas siga defendiendo el imperio de la ley y se mantenga al frente de esta causa, dondequiera sea objeto de amenazas o violaciones, todos los países africanos seguirán prestándole su apoyo y aliento más rendidos.

T. O. ELIAS *

* Fiscal general y ministro de Justicia de la Federación de Nigeria.

LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN DISTINTOS SISTEMAS JURÍDICOS

La función y la dignidad del derecho y la equidad debida a todo hombre exigen que, desde el principio hasta el fin, la acción represiva se base, no en la arbitrariedad ni en la pasión, sino en un procedimiento jurídico claro y bien definido. Ha de haber, pues, un mínimo de intervención judicial, por breve que sea . . . La detención, primer elemento de la acción represiva, no ha de ser fruto del capricho, sino que ha de ajustarse al procedimiento judicial. Es inadmisibles que una persona no culpable sea detenida arbitrariamente y que desaparezca un día dentro de una prisión. Es un escarnio a la justicia el hecho de internar a una persona en un campo de concentración y mantenerla en él, al margen de todo procedimiento jurídico normal.

Extracto del Mensaje de Su Santidad el
Papa Pío XII al Sexto Congreso Interna-
cional de Derecho Penal, celebrado en
Roma, el 26 de setiembre de 1953.

LA PRISION PREVENTIVA EN AUSTRALIA

I. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEGISLACION AUSTRALIANA

Australia es fundamentalmente un país de derecho consuetudinario y por lo tanto sus normas en materia de libertad individual son muy semejantes a las de la Gran Bretaña. La prisión preventiva es ajena a los principios fundamentales del derecho consuetudinario y por consiguiente sólo se aplica en Australia en circunstancias excepcionales.

En primer lugar, la regla general de derecho consuetudinario en lo referente a las detenciones estriba en que nadie puede ser detenido a no ser por motivos que la ley justifique, y los tribunales examinarán en todo caso si los motivos han sido justificados. Nadie puede ser detenido sin mandato por una persona particular, excepto cuando exista un delito o una infracción grave de la ley cometidos en presencia de esa persona, o cuando se haya cometido un delito y existan motivos justificados para sospechar quien lo ha cometido, o también cuando la detención esté expresamente autorizada por una disposición escrita. Los agentes de policía pueden efectuar la detención en todos los casos expuestos sin mandato judicial y también cuando existan motivos justificados para sospechar que una persona ha cometido un delito, aunque luego se demuestre que no hubo delito alguno.

Las disposiciones legales de Australia vienen a ser variantes de estos principios; pueden ser casi idénticas en algunos Estados o muy distintas en otros. El Commonwealth de Australia los adoptó en lo referente a las perturbaciones de orden público. El Artículo 8 de la Ley de Delitos de 1914—1950 dispone que “La facultad de detención sin mandato judicial que en virtud del derecho consuetudinario poseen los agentes de policía o los particulares, en lo relativo a las perturbaciones del orden público, podrá ejercerla cualquier agente de policía o un particular, según sea el caso, respecto de las infracciones de esta ley que lleven consigo una perturbación del orden público”. Con arreglo al Apartado A) del Artículo 8, todo agente de la policía puede efectuar una detención sin mandato judicial si tiene motivos justificados para creer que una persona ha cometido un

delito contra las leyes del Commonwealth y que el requerimiento judicial no tendría eficacia.

Cada Estado tiene normas que se diferencian ligeramente en lo que se refiere a la detención sin mandato judicial; generalmente confieren a los particulares poderes más amplios que los reconocidos por el derecho consuetudinario.

Por ejemplo, en Australia meridional¹ cualquier persona está facultada para detener a otra, sin mandato judicial, si la hallare cometiendo un delito o en posesión de bienes respecto de los cuales existan motivos fundados para creer que están relacionados con un delito, y puede detener a cualquier persona a la que se halle merodeando de noche si existen motivos justificados para suponer que ha cometido o se dispone a cometer un delito.

Sin embargo, en Nueva Gales del Sur² únicamente se puede efectuar la detención sin mandato judicial cuando una persona es sorprendida in fraganti cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido; existe además una disposición un tanto vaga con arreglo a la cual es posible detener, sin mandato judicial, a la persona que haya cometido un delito y por el cual no haya sido juzgada; no se requiere que el delito haya sido cometido en presencia de la persona que efectúa la detención o que exista un motivo fundado para creer que se ha cometido un delito. Es contradictorio decir "toda persona que haya cometido un delito por el cual no haya sido juzgada", porque ante la ley es inocente mientras no haya sido juzgada. Por consiguiente, es difícil comprender cómo puede detenerse lícitamente a una persona con arreglo a esta disposición.

En Tasmania toda persona está obligada³ a detener a las personas a quienes hallare cometiendo infracciones equiparables a delitos, mientras que en la mayoría de los demás Estados esta facultad se concede con carácter discrecional.

El Código Penal de Queensland dispone que siempre que sea posible la persona que efectúe la detención expondrá la razón de la misma a la persona detenida, aunque el incumplimiento de esta disposición no invalida la detención. Ningún otro Estado establece tal disposición y por lo tanto todos ellos siguen la norma de derecho consuetudinario mantenida en la causa de *Christie contra Leachinsky*⁴, según la cual la detención sin mandato judicial, ya sea por un agente de policía o por un particular, sólo está justificada si se informa a la persona detenida del motivo de la detención, salvo en

¹ Ley Penal Codificadora de 1935-1952, Artículo 271.

² Ley de Delitos de 1900, Artículo 352 (Reimpresión de 1957).

³ Código Penal, Artículo 27.

⁴ (1947) A.C. 573.

circunstancias especiales que hagan innecesario o improcedente informarla.

Existen muchas disposiciones legales que confieren la facultad de detención sin mandato judicial en circunstancias especiales. Por ejemplo, conforme a la Ley de Migración de 1958 (Commonwealth) cuando esté vigente una orden de deportación los agentes de la policía pueden detener a cualquier persona sin mandato judicial si sospechan fundadamente que dicha persona ha sido deportada, y pueden mantenerla en prisión en calidad de deportada. No obstante, se informará a la persona detenida de la causa de su detención⁵, y si dicha persona declara en un plazo de 48 horas, con arreglo al procedimiento reglamentario, que no es deportada, es menester conducirla ante la autoridad competente designada por el Ministro de Inmigración⁶, quien determinará si fueron justificados los motivos en que se fundó la sospecha de que se trataba de un deportado; dicha persona será puesta en libertad si no es conducida ante las autoridades dentro de las 48 horas siguientes a la firma de su declaración. La Ley de Delitos de Victoria de 1958⁷ faculta a los agentes de la policía a detener sin mandato judicial a toda persona de la que se sospeche fundadamente que ha sido condenada por un delito en la Gran Bretaña, Irlanda o en cualquier parte de los Dominios y que haya entrado ulteriormente en el Estado de Victoria. En Australia occidental la Ley de Protección de los Nacionales, 1905—1954,⁸ dispone que “será lícito detener sin mandato judicial a todo el nacional que infringiere las disposiciones de esta Ley”.

Pueden citarse otros muchos ejemplos. Es un hecho que las facultades de detención sin mandato judicial son amplias, aunque el derecho consuetudinario prevé la acción que cabe ejercer contra la detención o prisión arbitrarias. Generalmente también se fija un plazo límite dentro del cual es preciso procesar a toda persona detenida. Así, por ejemplo, según el apartado 2 del Artículo 39 de la Ley de la Magistratura de Victoria, cuando no fuera posible hacer comparecer a la persona detenida ante un magistrado o tribunal ordinario durante las 24 horas siguientes a su detención, será puesta en libertad siempre que el delito no sea grave y lo reconozca, quedando obligada a comparecer ante un magistrado o tribunal ordinario en una fecha determinada.

Por consiguiente, el individuo está protegido contra la detención arbitraria por los preceptos del derecho consuetudinario y del derecho

⁵ Apartado (1) del Artículo 39.

⁶ Artículo 40.

⁷ Artículo 336.

⁸ Artículo 55.

escrito que, junto con las normas relativas al *habeas corpus*, justifican que se aplique a Australia el sentido de las palabras de Dicey "... nadie podrá ser castigado ni sufrirá lícitamente menoscabo en su persona o bienes si no existe una clara infracción de la ley demostrada conforme al procedimiento legal ordinario ante un tribunal ordinario ... siempre que cualquier hombre, mujer o niño se vea privado de su libertad por motivos justificados o que se presuman justificados, el tribunal dictará un mandato de *habeas corpus* contra cualquiera bajo cuya custodia se hallare la persona agraviada para que la haga comparecer ante el tribunal o para que la ponga en libertad si dicha persona se viera privada de la libertad sin causa legítima ... Las Leyes del *habeas corpus* ... han hecho más por la libertad de los ingleses de lo que hubiera sido posible lograr mediante una declaración de derechos".⁹

Cabe argüir que en teoría este derecho puede resultar inexistente porque "una clara infracción de la ley demostrada conforme al procedimiento legal ordinario ante un tribunal ordinario" significa poco si se tiene en cuenta que la ley y la legalidad son obra del poder legislativo y que éste puede hacer caso omiso de la libertad del individuo; en realidad esto es lo que sucede, en gran medida, en circunstancias excepcionales. Sin embargo, el hecho de que el Parlamento del Commonwealth tenga facultad para legislar respecto de determinadas materias solamente y la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Supremo contra el abuso de esta facultad, supone cierta protección para el individuo. Así ocurrió en el llamado *caso del partido comunista*¹⁰ de 1951, en el que se declaró inválida la Ley de Disolución del Partido Comunista de 1950. No obstante, es menester señalar que no se declaró inválida porque hubiere infracción de los derechos humanos o por cualquier otro motivo de derecho natural. Como dice J. Fullagar "... no cabe presumir la validez del Artículo 4 (de la Ley de Disolución del Partido Comunista) por la sencilla razón de que no cabe presumir que el partido comunista australiano — no haya hecho o ha de hacer nada que le deje sometido al derecho de defensa o a los poderes de defensa de la Constitución ... Es de observar ... que no se trata de determinar la justicia o la injusticia de la ley. Si los términos de una ley del Parlamento son claros, no importan las virtudes o defectos de la ley; es la ley y eso basta".

Cabe formular la petición de *habeas corpus* no solamente en el caso de una detención arbitraria, sino también en el de una detención lícita en que el detenido siga encarcelado sin formación de causa.

⁹ Ley de la Constitución, 9a edición, pág. 183.

¹⁰ (1951) 83 C.L.R.I.

Las normas de Australia en materia de *habeas corpus* proceden del derecho consuetudinario y de las disposiciones del derecho escrito inglés, pero no son idénticas. Con arreglo a la legislación inglesa no cabe recurrir cuando un detenido haya sido puesto en libertad mediante un mandato de *habeas corpus*; esto no es aplicable a Australia. En el caso de *Lloyd contra Wallach*, J. Isaacs manifestó que el derecho inglés "... por lo que respecta al *habeas corpus*, nunca ha habido desviación de la doctrina conforme a la cual una vez que se pone en libertad a una persona, esta decisión es definitiva por cuanto que no admite apelación... sin embargo... confirmo mi opinión de que las facultades conferidas a este tribunal en virtud del Artículo 73 de la Constitución son las que corresponden a un tribunal ordinario de apelación y no a un tribunal especial de recursos, es decir, de un tribunal que no está obligado a seguir una práctica por clara y larga que haya sido de cualquier otro tribunal del Imperio. Por consiguiente, estoy absolutamente persuadido de que somos competentes".¹¹ Así pues, el Tribunal Supremo es competente para entender en un recurso cuando la orden de libertad de una persona sea la consecuencia del ejercicio del derecho de *habeas corpus*.

Si una persona es detenida con arreglo a un procedimiento legal y el *habeas corpus* no la ofrece protección alguna, su última salvaguardia depende de las normas del procedimiento anual. Se presumirá que el acusado es inocente mientras no se demuestre su culpabilidad; la prueba incumbe a la acusación y el grado de la prueba exigida para condenar al acusado será suficiente para que no quede ninguna duda justificada respecto a su culpabilidad. También aquí existen, sin embargo, varias excepciones de derecho escrito. Por ejemplo, las que establecen diversas leyes relativas a los aborígenes; la Ley de Protección de los Indígenas (1905—1954)¹² de Australia occidental considera delito el que cualquier persona que no sea aborigen se encuentre dentro de los límites del territorio reservado a los aborígenes, salvo en el caso de que sea superintendente o desempeñe cualquier otra autoridad legítima y "la prueba en cuanto a la legitimidad de dicha autoridad corresponderá al acusado". Con arreglo a la misma ley, toda persona (con excepción de las indígenas) que generalmente habite con los indígenas o con cualquier indígena que no sea su esposo o esposa, será responsable de un delito, y toda persona que cohabite con un indígena del sexo opuesto "se presumirá en ausencia de prueba en contrario que cohabita con él o con ella y asimismo, no habiendo prueba en contrario, que no es el

¹¹ (1915) 20 C.L.R. 299-306.

¹² Artículos 16 y 17.

esposo o la esposa".¹³ De igual modo, la Ley de Protección y Conservación de las Aborígenes (1939—1946) de Queensland, dispone que "toda persona . . . que sin una causa legítima, y la prueba a este respecto incumbe a esa persona, se hallare dentro de dichos límites o a cinco leguas de los mismos (es decir, en cualquier lugar donde estén acampados los aborígenes) será culpable de un delito . . .".¹⁴

Hay otros ejemplos en la ley australiana y generalmente se refieren a casos en los que la existencia de ciertos hechos se considera como prueba *prima facie* de culpabilidad; por ejemplo, si se hallare a una persona en posesión de bienes de los que los agentes de la autoridad sospechen que han sido robados u obtenidos ilícitamente, este hecho probablemente bastará para justificar una condena, a menos que el acusado pueda justificar la procedencia de los bienes.

Por lo que se refiere al derecho al asesoramiento jurídico, el finado Sir Patrick Hastings, notable abogado inglés, dijo: "Bastará observar al litigante que trata de llevar su defensa sin ayuda alguna, estrellándose contra una masa de documentos y absolutamente incapaz para exponer el argumento más sencillo en forma inteligible, para comprender inmediatamente que la abogacía es absolutamente necesaria para el ejercicio de la justicia; sin el abogado la ley, tal y como la entendemos, no podría sobrevivir". En derecho consuetudinario existe el derecho general a comparecer ante los tribunales con la ayuda de un abogado. El poder legislativo puede limitar este derecho, pero siempre que no exista una disposición legal expresa en contrario, se estimará *prima facie* que toda persona tiene derecho a nombrar un letrado que le represente. Este principio se reconoció en la causa de la *Reina contra el Comité de Evaluaciones de Saint Mary Abbotts de Kensington*¹⁵ en 1891, al que siguió en Australia en 1916 la causa del *Rey contra el Tribunal de Apelación*.¹⁶ J. Barton dice: "Por lo común todo el mundo puede, con arreglo al derecho consuetudinario, designar a una persona para que le represente y defienda sus intereses en todos los casos en que su presencia personal para defenderlos no sea imprescindible, bien sea conforme a la naturaleza del caso o a las disposiciones de una ley. Entiendo que tiene la misma facultad en derecho consuetudinario respecto de los derechos que le confieren las disposiciones legales". Así pues, si una disposición legal concede a una persona el derecho a exponer su caso ante un tribunal o ante un comité, las normas consuetudi-

¹³ Artículo 47.

¹⁴ Artículo 30.

¹⁵ (1891) 1 Q.B. 378.

¹⁶ (1916) 22 C.L.R. 183.

narias le reconocen el derecho a estar representado por un abogado, salvo en el caso de que la disposición legal establezca expresamente lo contrario.

La misma norma se aplica probablemente al procedimiento en los tribunales cuasi judiciales, porque conforme al derecho consuetudinario todos los que ejerzan funciones cuasi judiciales deben tener el debido respeto a los principios del derecho natural, y si éstos no se observan el fallo puede ser anulado.¹⁷ Sin embargo, son muy pocas o no existen en Australia las disposiciones legales a este respecto, y la mayoría de los reglamentos relativos al procedimiento en causas cuasi judiciales disponen expresamente si se autoriza o no el abogado defensor. Por ejemplo, la Ordenanza 26 de los Reglamentos Generales de Seguridad Nacional se refiere al nombramiento de comités asesores para que examinen toda impugnación de los autos de detención dictados con arreglo a la Ley de Seguridad Nacional (1939—1946), y se menciona expresamente que todo el que presente una objeción ante este organismo tiene derecho a estar representado por un abogado. De igual modo, en las disposiciones sobre el enjuiciamiento de los criminales de guerra, se autoriza expresamente al acusado a estar representado por un abogado.

Por lo tanto, y pese a muchas excepciones, es exacto decir que en Australia el individuo goza de tres clases de protección contra la prisión preventiva: puede ejercer una acción contra la detención o la prisión arbitraria, pedir un mandamiento de *habeas corpus* si estima que ha sido ilícitamente detenido, y antes de ser finalmente condenado a prisión, ha de ser juzgado con arreglo a un procedimiento justo y legal y gozará del beneficio de la duda por lo que respecta a su culpabilidad.

II. LA PRISION PREVENTIVA EN TIEMPO DE GUERRA

Por ajena que la prisión preventiva sea a los principios fundamentales de nuestro sistema jurídico, serán pocos los que no admitan que en circunstancias anormales es inevitable que se promulguen leyes anormales para hacer frente a tales circunstancias.

“Por consiguiente, el estado de guerra justifica que el Parlamento del Commonwealth, en ejercicio de sus poderes de defensa, dicte medidas legislativas que imponen muchas limitaciones a la libertad individual. De suerte que cuando peligre la seguridad de la Nación están justificadas medidas que coartan las libertades del individuo con procedimientos

¹⁷ *Dimes contra los Proprietarios del Canal Grand Junction* (1852) 3 H.L. Cas 759.

que serían inadmisibles en tiempo de paz. Una persona puede profesar ideas o desempeñar actividades que en tiempo de paz pueden ser inofensivas, pero que en tiempo de guerra pueden entorpecer la defensa eficaz del Commonwealth".

"El internamiento de tales personas por una mera sospecha, sin formación de causa y durante un período que no excederá del de la duración de la guerra porque un Ministro opine que su libertad constituye un peligro para la seguridad del Estado, está considerado como el ejercicio legítimo de una facultad plenaria administrativa"¹⁸.

De esta sentencia se deduce el principio de que en tiempo de guerra el poder legislativo no solamente está facultado para dictar disposiciones que imponen severas limitaciones a la libertad individual, sino que el ejercicio de tales poderes se deja a la discreción de una persona, que en este caso es el Ministro correspondiente.

La Ley de Previsiones de Guerra de 1914, derogada en 1920, contiene un ejemplo sobre este particular. Su Artículo 4 dice: "El Gobernador General podrá dictar reglamentos para garantizar la seguridad pública y la defensa del Commonwealth . . . y para ejercer tales poderes e imponer las obligaciones que estime convenientes se referirá al respecto a la Junta Naval y a la Junta Militar, así como a los miembros de las Fuerzas Navales y Militares del Commonwealth y otras personas". Conforme a este Artículo se dictaron los Reglamentos de Previsiones de Guerra de 1915. El apartado 1) del Reglamento 55 contiene una disposición según la cual "siempre que el Ministro (de Defensa) tenga motivos para creer que cualquier persona naturalizada es desafecta o desleal, podrá dictar un mandato de prisión militar contra ella en el lugar que estimare conveniente mientras dure el presente estado de guerra". La causa de *Lloyd contra Wallach*¹⁹ en 1915 se basó en este Reglamento, conforme al cual se resuelve la cuestión de las facultades discrecionales de un Ministro en tales circunstancias. Los hechos fueron los siguientes: Wallach, naturalizado australiano, fue puesto en prisión militar, y en respuesta a una petición de *habeas corpus* del Tribunal Supremo de Victoria, el funcionario militar encargado de su custodia transmitió una orden firmada por el Ministro de Defensa según la cual el Ministro, basándose en la información disponible, tenía motivos para creer y en efecto creía que Wallach era una persona desafecta y desleal. Se citó al Ministro para que compareciera como testigo, pero aquél se negó, por razón de Estado, a exponer los motivos de su actitud, y el Tribunal Supremo dispuso que Wallach

¹⁸ *Adelaide Co. de los Testigos de Jehová contra Commonwealth* 1943, 67 C.L.R. 116 por J. Williams.

¹⁹ (1915) 20 C.L.R. 299.

fuera puesto en libertad. Se apeló ante el Tribunal Supremo y allí se mantuvo que estuvo justificada la decisión de citar al Ministro, pero que éste tenía derecho a negarse a responder a las preguntas relacionadas con el fundamento de su opinión, y como no se adujeron pruebas en contra de dicha opinión o relacionadas con el fundamento de ella, la detención estaba justificada. C. J. Griffith dijo: "Entiendo que su opinión es la única base de su autoridad y que es la sola persona capaz de juzgar si los datos en los que se basa son adecuados . . . a mi juicio sería contrario al interés público y ciertamente contrario a la índole del poder mismo, autorizar cualquier encuesta judicial en esta materia". Esta causa constituyó un precedente para el fallo dictado 20 años después en la causa de *Liversidge contra Anderson*.²⁰

A la causa de *Lloyd contra Wallach* siguió en 1947 la de *Little contra El Commonwealth* ²¹. Se mantuvo en este caso que conforme al apartado 3) del Artículo 13 de la Ley de Seguridad Nacional (1939—1946), ahora derogada, que establecía que "no se ejercerá acción alguna contra el Commonwealth, cualquier funcionario del Commonwealth, ni agente de policía . . . que en virtud de este Artículo actúe para detener o arrestar . . .", basta para proteger a un funcionario contra cualquier acción que se ejerciera contra él por haber efectuado un arresto o una reclusión ilícitos como resultado de un error de buena fé sobre un hecho o un derecho. J. Dixon dice: "Estimo que no hubo orden válida de restricción, mandato o requerimiento para que el litigante contraviniera o no respetara ²² . . . pero . . . es evidente que no se cumplirá el propósito de una disposición, que limita o restringe los derechos a ejercer una acción contra los funcionarios u otras personas que actúen en virtud de una disposición legal, con una interpretación de la que se excluyan los casos resultantes de una apreciación equivocada de las leyes o del incumplimiento de los requisitos de las mismas . . ."²³ A mi juicio, las palabras "todo arresto o reclusión con arreglo a las disposiciones de este Artículo", que figuran en el apartado 3) del Artículo 13 de la Ley de Seguridad Nacional (1939—1946) incluyen al arresto o la detención por un agente de policía, el cual, basándose en ciertos hechos, crea honradamente que el acto comprobado o sospechado es un delito contra esta ley, cometido o que esté a punto de cometerse por la persona detenida, aunque luego resulte que el arresto o la detención no estuvieron justificados, y

²⁰ (1942) A.C. 206.

²¹ 75 C.L.R. 94.

²² Pág. 107.

²³ Pág. 111.

que su error o equivocación son imputables, en todo o en parte, a la ley misma.²⁴

La Ley de Delitos de Guerra de 1945 dispone la detención e internamiento, hasta que se celebre el juicio, de las personas sospechosas de delitos de guerra²⁵ y faculta al Gobernador General para dictar reglamentos relativos a las acusaciones por delitos de guerra, asuntos preliminares o relacionados con los juicios por delitos de guerra, así como la separación, detención e internamiento de las personas acusadas o sospechosas de haber cometido tales delitos.²⁶

La Ley de Defensa (1903—1956)²⁷ contiene disposiciones sobre la detención e internamiento, hasta que se celebre el juicio, de los miembros de las Fuerzas Armadas cuando no presten servicio de guerra. Si se trata de miembros de las fuerzas ciudadanas la detención o el internamiento no durará más tiempo que el período de servicios de guerra del grupo a que pertenezca el detenido o hasta que vuelva a “vestirse de paisano”.

Así pues, las diversas disposiciones de tiempo de guerra contienen disposiciones generales sobre la detención de cualquier persona que ponga en peligro la seguridad del Estado, independientemente de que sea súbdito británico de nacimiento, extranjero o naturalizado, o de que sea paisano o miembro de las Fuerzas Armadas; dicha persona tiene pocas garantías, una vez detenida, de recobrar su libertad antes del término de la guerra. Conforme a estos Reglamentos, se establecieron comités consultivos ante los cuales el detenido podía protestar contra su detención, aparte de que nada le impedía dirigirse por escrito al Ministro correspondiente; pero los intentos encaminados a demostrar ante los tribunales que el Ministro no tenía fundamento para considerar sospechosos a los detenidos fueron inútiles frente a la declaración de aquél, y los tribunales no ordenaron ninguna encuesta para determinar el fundamento de dicha declaración. Esto significó una limitación radical de la protección que el derecho consuetudinario ofrece a la libertad individual; el internado, en una situación al parecer desesperada, tuvo que resignarse a esperar el restablecimiento de las condiciones normales de tiempo de paz y la restauración de las libertades individuales. Pero como manifestó Lord MacMillan en la causa inglesa de *Liversidge contra Anderson*, 1942,²⁸ “en unos momentos en los que unas leyes indiscutibles de la Nación pueden imponer al ciudadano, mediante

²⁴ Pág. 113.

²⁵ Apartado 1) del Artículo 8.

²⁶ Apartados b), c) y d) del Artículo 14.

²⁷ Artículo 113.

²⁸ (1942) A.C. 206-257.

el reclutamiento o la requisitoria, el sacrificio de su vida o de todos sus bienes por la causa nacional, nada tiene de sorprendente que se confieran al Secretario de Estado facultades discrecionales para imponer una medida de precaución tan benigna relativamente como la detención”.

Las circunstancias en que se efectuó el internamiento vinieron en apoyo de esta opinión, ya que los Reglamentos aprobados de conformidad con la Ley de Seguridad Nacional protegieron al internado, en la medida de lo posible, contra privaciones innecesarias. Así, por ejemplo, la Ordenanza No. 9 de los Reglamentos Nacionales de Seguridad (campos de internamiento) dispone que el internado podrá formular una reclamación sobre el trato que recibe en el campamento y la presentará a un funcionario visitante, el cual la transmitirá a una Junta Militar; la Ordenanza No. 10 dice que se tratará a los internados con espíritu humanitario y se les protegerá contra los actos de violencia o los insultos; la Ordenanza No. 16 dispone que se administrarán todos los bienes que hayan sido incautados a un internado hasta que le sean devueltos; se dictaron además varios reglamentos relativos a la creación de cantinas, bibliotecas, servicios de tratamiento médico, ejercicio físico y recreo de los internados. El internado acusado de un delito que no tuviera relación alguna con el reglamento del campamento, podía ser procesado ante los tribunales ordinarios, aunque era preciso darle toda clase de facilidades para preparar su defensa, comunicarse con su asesor jurídico y buscar un abogado que se encargara de su defensa.

Durante la última guerra se transportó a Australia y se internó en su territorio a 7.877 personas procedentes de otros países, como parte de las obligaciones de Australia respecto del Reino Unido. El cuadro siguiente muestra el número de internados de cada nacionalidad y los países de procedencia.

* * *

INTERNADOS PROCEDENTES DE ULTRAMAR

<i>Nacionalidad</i>	Alemana	Italiana	Japonesa	Varias	Totales
Países de procedencia:					
Reino Unido	2.342	200			2.542
Establecimientos de los Estrechos					272
Palestina	222	50			272
Irán	664	170			834
Oriente Medio	494				494
Singapur	18				18
Nueva Guinea				12	12
Nueva Caledonia				525	525
Nuevas Hébridas	1	5	1.124	9	1.139
Indias Orientales Neerlandesas			34		34
Islas Salomón			1.949		1.949
Nueva Zelandia			3	5	8
			50		50
TOTALES	3.753	425	3.160	539	7.877

Con arreglo a la Ley de Seguridad Nacional fueron internadas 8.921 personas residentes en Australia, a las que también cabe distribuir por nacionalidades, aunque la mayoría probablemente adquirieron la nacionalidad australiana.

INTERNADOS RESIDENTES EN AUSTRALIA

Italianos	4.754
Alemanes	2.013
Chinos	232
Javaneses	702
Portugueses	39
Japoneses	1.141
Varios	40
TOTAL	8.921

En estas cifras no se incluye el número de internados que ingresaron voluntariamente en los campos para acompañar a sus esposas o maridos con arreglo a las disposiciones de esta ley.

III. LA PRISION PREVENTIVA EN TIEMPO DE PAZ

Pero también en tiempo de paz pueden existir circunstancias que permiten disponer la prisión preventiva o administrativa. Así, por ejemplo, en virtud de las facultades del Parlamento para im-

poner el internamiento por desacato. El Artículo 49 de la Constitución dispone que "los poderes, privilegios e inmunidades del Senado y de la Cámara de Representantes, así como los de los miembros y las comisiones de ambas cámaras serán los establecidos por el Parlamento y mientras no se establezca otra cosa los conferidos a la Cámara de los Comunes del Reino Unido y a sus miembros y comisiones cuando se instituyó el Commonwealth". Uno de los privilegios más importantes de la Cámara de los Comunes es el disponer el internamiento por desacato a la autoridad. Los miembros de la Cámara de los Comunes tienen derecho a juzgar por sí mismos lo que constituye ese desacato y a disponer el internamiento por tal infracción mediante un mandato en el que meramente se declara en términos generales que se ha cometido un desacato a la Cámara, sin especificar en qué ha consistido ese desacato. En virtud del Artículo 49 de la Constitución se hicieron extensivos a Australia los privilegios de la Cámara de los Comunes y puede ejercerse allí dicho privilegio; un mandato de esta naturaleza dictado por el Parlamento basta para responder a una petición de *habeas corpus*. Así se decidió en 1871 en la causa del *Presidente de la Asamblea Legislativa de Victoria contra Glass*²⁹ que eventualmente se sometió a la consideración del Consejo Privado. Lord Cairns que formuló la sentencia del tribunal manifestó: "Sus Señorías entienden que se han transmitido enteramente a la colonia los privilegios y poderes plenos y que en este caso el mandato se ha dado posteriormente a la posesión de esos privilegios y poderes y, por consiguiente, basta como respuesta a la petición de *habeas corpus*".

A esta causa siguió la de la *Reina contra Richards Ex parte Fitzpatrick contra Browne*³⁰ en 1955. C. J. Dixon dijo a este respecto: "Parece evidente . . . que el Artículo 49 lleva consigo los plenos poderes de la Cámara de los Comunes . . . estamos, por tanto, en presencia de una resolución de la Cámara (de Representantes) y de unos mandatos que demuestran de un modo concluyente que se ha cometido un abuso del privilegio y, por lo tanto, es lícita la detención de las dos personas que recaban su libertad . . . en consecuencia, deberán denegarse las peticiones de *habeas corpus*". En tales casos no se admitirá el recurso de apelación, aunque se admitió en la causa del *Presidente de la Asamblea Legislativa contra Glass*²⁹ por estimarse que se trataba de una cuestión de interés público y general y no meramente de un asunto entre la Asamblea Legislativa y Glass. No obstante, desde que se resolvió esta causa no se ejerció el derecho de apelación en esta materia.

²⁹ (1871) L.R. 3 P.C. Ap. 560.

³⁰ (1955) 92 C.L.R. 165.

Los ejemplos restantes de prisión en tiempo de paz se refieren a disposiciones escritas, como las de la Ley de Inmigración de 1958. Uno de los fines de la misma es impedir la entrada en el Commonwealth de inmigrantes indeseables o no autorizados y disponer su salida del territorio cuando el Ministro de Inmigración entienda que su conducta (en Australia o en otro lugar) ha sido tal que no procede autorizarles a residir en Australia. Contiene varias disposiciones relativas a la detención sin mandato judicial,³¹ la prisión,³² y la deportación³³ de dichas personas. Cuando el Ministro de Inmigración haya dictado una orden para la deportación de una persona, ésta quedará detenida conforme a lo dispuesto por el Ministro hasta el momento en que se lleve a cabo la deportación en cualquier puerto de Australia al que arribare el navío y permanecerá embarcado hasta la salida del buque desde el último puerto de su escala en Australia.³⁴ Sin embargo, se autoriza a toda persona detenida de conformidad con esta ley a hacer todo lo necesario para obtener asesoramiento jurídico o iniciar una gestión legal relacionada con su detención, y si el más alto tribunal de un Estado o el Tribunal Supremo de la Nación dictaminara que no es válida la orden de deportación contra dicha persona, ésta será puesta en libertad.³⁵

La ley dispone también la detención de un buque en cualquier puerto durante el tiempo necesario para que un agente de la autoridad registre el barco en busca de posibles polizones³⁶; asimismo la detención de cualquier buque desde el cual se haya introducido en el Commonwealth³⁷ un inmigrante no autorizado, en opinión del Ministro de Inmigración o del Recaudador de Aduanas. Se plantearon varios casos relacionados con la Ley de Inmigración, 1912—1949 (a la que ha sustituido la Ley de Migración); uno de los más importantes fue el de *in re Yates; Ex Parte Walsh y Johnson*. El litigio se refirió, *inter alia*, al Apartado AA del Artículo 8 de la Ley y al significado de la palabra "inmigrante". El Apartado AA del Artículo 8 dispone la deportación del Commonwealth de "toda persona que no haya nacido en Australia" respecto de la cual el Ministro tenga el convencimiento de que "ha tomado parte en Australia en actos encaminados a dificultar u obstruir, con perjuicio del interés público, el transporte de mercancías o de viajeros

³¹ Artículos 38 y 39.

³² Artículos 36 y 39.

³³ Artículos 14 y 18.

³⁴ Artículo 39, Apartado 6).

³⁵ Artículo 39, Apartado 8), y Artículo 41.

³⁶ Inciso c) del Apartado 1) del Artículo 9.

³⁷ Artículo 10.

relacionados con actividades comerciales o mercantiles con otros países o entre los diversos Estados, o respecto de los servicios de cualquier departamento o autoridad pública del Commonwealth” y cuya presencia en Australia estime el Ministro que es lesiva para la paz, el orden o el buen gobierno del Commonwealth en asuntos respecto de los cuales el Parlamento tiene facultades legislativas.

En virtud del apartado xxvii) del Artículo 51 de la Constitución, el Parlamento tiene potestad para legislar en cuestiones relativas a inmigración y emigración. En la causa de Walsh y Johnson se sostuvo que la disposición del Apartado AA del Artículo 8 de la Ley de Inmigración es solamente un ejercicio lícito de este poder y no cabe aplicarla a las personas que no sean inmigrantes. La mayoría del tribunal opinó que las personas que hayan inmigrado a Australia y establecido allí su domicilio permanente, se convierten en miembros de la comunidad australiana y dejan de ser inmigrantes; por lo tanto, las facultades del Parlamento en materia de inmigración no le autorizan a legislar respecto de dichas personas. En consecuencia, tienen un alcance demasiado amplio las palabras del Apartado AA del Artículo 8 “toda persona que no haya nacido en Australia” y este Artículo es únicamente válido si se aplica a “inmigrantes”. En el caso de referencia Walsh había nacido en Irlanda, establecido su domicilio permanente en Australia y vivía allí desde hacía 32 años; Johnson nació en Holanda y tuvo su domicilio en Australia durante 15 años. Se sostuvo que ninguno de ellos era inmigrante y que, por lo tanto, no podían ser deportados con arreglo a la Ley de Inmigración.

“El Apartado AA del Artículo 8 constituye un ejercicio válido del poder de legislar en materia de inmigración, pero no lo es respecto de cualquier otra facultad... Dado que los encausados son personas a la que, en mi opinión, no se aplica este Artículo si se lo interpreta como ejercicio lícito de una potestad en materia de inmigración, se deduce que legalmente no está justificada la detención de ninguna de dichas personas...”.³⁸ Así pues, conforme a la resolución de esta causa, una vez que un inmigrante ha quedado integrado en la comunidad, deja de ser inmigrante y goza de los mismos derechos y protección que todos los ciudadanos.

Pero en la causa de Koon Wing Lau³⁹ en 1950 el tribunal dictaminó que una persona no deja de ser inmigrante incluso después de quedar integrada en la comunidad. Esta cuestión queda por resolver, de suerte que todavía cabe dudar si un inmigrante puede disfrutar enteramente de la protección de que gozan todos

³⁸ Per C.J. Knox, págs. 71-72.

³⁹ (1950) A.L.R. 97.

los ciudadanos conforme a esos "principios fundamentales que constituyen la base de cada comunidad británica". A menos que esa persona deje de ser inmigrante corre el riesgo de ser deportada con arreglo a la Ley de Inmigración, o puede quedar comprendida en el Artículo 7 de la Ley de 1949 sobre el traslado de los refugiados en tiempo guerra, que dispone la deportación de aquéllos. En la causa de Koon Wing Lau se mantuvo que la privación de la libertad en espera de la deportación de un refugiado no puede prolongarse por un período ilimitado. J. C. Latham dice: "El Artículo 7 (de la ley sobre el traslado de refugiados en tiempo de guerra) no instiuye, ni es ese su propósito, un poder que permita mantener detenido al deportado durante un período de tiempo ilimitado. La facultad de mantenerle detenido se refiere únicamente al tiempo necesario para efectuar la deportación y hasta el momento en que es trasladado a bordo de un buque para ser deportado, a dicho buque y a los puertos de arribada del mismo. La detención no es válida si se demuestra que no se utiliza con estos fines y cabe el recurso inmediato de una petición de *habeas corpus*".⁴⁰

El Artículo 30 de la Ley de Delitos (1914—1939) contiene disposiciones sobre la deportación de los miembros de sociedades ilegales que no hayan nacido en Australia. La detención hasta que se efectúe la deportación y durante la misma se deja a la discreción del Fiscal General o de un funcionario capacitado del Commonwealth. Es asociación ilegal la que propugna o estimula actividades encaminadas a derribar, mediante la revolución o el sabotaje, el Gobierno constitucional establecido en el Commonwealth o el de uno de sus Estados o el de cualquier otro país civilizado; asimismo si propugna el perjuicio de los bienes del Commonwealth o de los que se utilizan en el comercio con otros países o entre los estados de Australia o si estimula "el odio y el desacato"⁴¹ al Soberano.

El Fiscal General puede pedir al Tribunal Supremo de Australia o al Tribunal Supremo de un Estado una declaración con el dictamen de que una asociación es ilegal y corresponderá a ésta demostrar que no lo es.⁴² "Con una legislación de esta naturaleza la única defensa de la libertad es el buen sentido de la administración, la vigilancia de los tribunales y el espíritu alerta de la opinión pública".

La Ley de Aduanas (1901—1959) dispone la detención de las personas sospechosas de contrabando o de introducir mercancías prohibidas en el país o de exportarlas del mismo. Cualquier funcio-

⁴⁰ Pág. 556.

⁴¹ Apartado A del Artículo 30.

⁴² Apartado AA del Artículo 3.

nario de Aduanas o de la policía puede detener a una persona sospechosa sin necesidad de un mandato judicial, aunque deberá exponer por escrito el motivo de la detención tan pronto como sea posible después de practicada ésta.⁴³ Esa persona podrá permanecer detenida hasta el momento de comparecer ante un juez de paz sin demora excesiva. El juez podrá ordenar su libertad o su reclusión hasta que comparezca en juicio y se resuelva su causa de conformidad con la ley, o también disponer su libertad bajo fianza.⁴⁴

Las leyes de los diversos Estados relativas a sanidad y demencia conceden poderes de detención que cabe considerar como destinados a proteger la seguridad pública. Por ejemplo, el Apartado 2) del Artículo 12 de la Ley de Sanidad de Victoria, de 1958, dispone que las personas que sufran de lepra, según certificado de un funcionario de Sanidad y dos médicos, quedarán reclusas en cuarentena hasta que el Ministro de Sanidad ordene que sean puestas en libertad; si dichas personas se niegan a ingresar en el establecimiento de reclusión o se evaden de él, podrán ser conducidas de nuevo al mismo empleando toda la fuerza que sea necesaria para ello. El Apartado 1) del Artículo 128 dispone el internamiento obligatorio en un hospital o en un lugar aislado de toda persona que, conforme al dictamen de un médico de Sanidad, padezca una enfermedad contagiosa; la "enfermedad contagiosa" se define en el Artículo 3 de la Ley y comprende la tuberculosis, la fiebre tifoidea, el cólera, la viruela y otras muchas. La persona que sufra una de estas enfermedades quedará en libertad únicamente cuando haya dejado de representar un peligro para la salud pública. El Artículo 133 de la Ley prevé circunstancias que pueden dar lugar a un estado de alarma. El Ministro de Sanidad es el único facultado para dictaminar cuándo debe existir dicho estado, y si declara que existe la Comisión de Sanidad tiene amplios poderes para privar de la libertad y aislar a determinadas personas.

La seguridad pública depende asimismo hasta cierto punto de la protección contra los posibles actos de un demente, y es menester también proteger a éste contra las crueldades que el público pueda causarle. Por eso la Ley de Higiene Mental de Victoria, de 1958, dispone que cuando se demuestre ante dos jueces de paz con el testimonio de dos médicos que una persona es demente y que ha sido hallada vagabundeando libremente, o sin el cuidado ni la vigilancia debidos, dichos jueces podrán disponer su internamiento en un manicomio.⁴⁵ Podrá suspenderse esta orden si un pariente o un

⁴³ Artículos 210 a 212.

⁴⁴ Apartado 3) del Artículo 196.

⁴⁵ Artículo 27.

amigo convence a los jueces de que dicha persona será atendida convenientemente. Los pacientes que hayan ingresado voluntariamente en un establecimiento de esta clase y los internados allí por sus familiares, podrán salir de dichos establecimientos con la autorización del funcionario jefe de los servicios médicos, pero la Ley no contiene disposición alguna sobre la liberación de los pacientes cuya demencia quedare demostrada después de una indagación.

También se puede privar de la libertad a los menores, lo que puede considerarse no sólo como una medida de protección del menor sino también de protección futura del público, porque con ello se pretende impedir que el delito arraigue en la mentalidad del menor. Según la Ley de Protección de Menores de 1958, de Victoria, el menor que necesite cuidado y protección podrá ser detenido sin mandato y conducido ante un tribunal de menores. Si el tribunal estima que el menor necesita cuidado y asistencia puede disponer que quede bajo el amparo del Departamento de Protección de Menores. El director de dicho departamento es entonces el único tutor del menor y sus bienes y solamente el tiene derecho a desempeñar la tutela del menor. No se precisa ningún mandato para autorizar la detención de todo menor que esté bajo la protección de dicho departamento, y el director de éste podrá adoptar diversas medidas que lleven consigo o no el internamiento.

Las leyes relativas a procedimiento de los diversos Estados confieren también ciertas facultades de detención, no muy amplias relativamente, e inspiradas por lo común en motivos de conveniencia. La Ley de la Magistratura de Victoria, de 1958, contiene ejemplos característicos de estas facultades conferidas a los tribunales o a los jueces. Conforme al Artículo 54 de esta Ley si un denunciante, acusador o testigo se niega a dar datos completos sobre su nombre, dirección y profesión, podrá ser encarcelado y mantenido en prisión hasta que concluya el juicio. El Artículo 55 dispone que cuando el juez estime probable que el testigo en un juicio relacionado con algún delito no comparecerá para prestar declaración, podrá dictar auto de detención y prisión contra dicho testigo hasta que concluya el juicio. Sin embargo, el testigo puede contraer la obligación de comparecer en el juicio.

Las normas relativas a la libertad bajo fianza, que el juez concederá a su discreción con las garantías que estime adecuadas, permiten al acusado seguir en libertad por el mayor tiempo posible (a menos que se le acuse de traición o de un delito grave del que se haya reconocido culpable), pero cuando se haga ante el juez una declaración jurada conforme a la cual probablemente el acusado se

dará a la fuga antes del juicio, el juez podrá dictar auto de prisión contra él y encarcelarlo.⁴⁶

El Artículo 196 dispone la prisión, por un máximo de tres semanas (o la imposición de una multa) de los miembros del jurado o de los testigos culpables de desacato a un tribunal de audiencia pública según la declaración jurada de personas dignas de crédito o a juicio del presidente del tribunal; el Artículo 211 dispone la prisión, por un máximo de tres días, por desacato a un tribunal en juicio a puerta cerrada, mediante auto que dictará el juez. Cuando se impone la prisión por motivos de procedimiento, la privación a que se ve sometido el acusado es relativa y está plenamente justificada si se tiene en cuenta que es menester adoptar tales precauciones para evitar la injusticia, los inconvenientes de todo orden y las pérdidas de tiempo.

L. J. Denning dice en "*Freedom Under the Law*" (La libertad bajo la ley) que "la legislación de Inglaterra no admite prohibición alguna basada en el color, ya sea color de la piel de una persona o el de sus opiniones políticas". Este principio no ha sido enteramente adoptado en Australia, y todos los Estados, con excepción de Tasmania, tienen disposiciones legales distintas para los aborígenes, muchas de los cuales restringen su libertad.

La mayoría de los Estados prohíben el traslado de los aborígenes desde el Estado o distrito en que habitan, aunque esto no equivale a su confinamiento en ese Estado, ya que el aborigen puede optar por salir del Estado con arreglo a sus medios y porque, excepto en Australia occidental, esto no constituye expresamente un delito (a menos que dicha persona intente salir del territorio adscrito a los indígenas). En Australia occidental se limita la libertad de movimiento de los indígenas dentro del territorio, lo cual puede considerarse como un tipo de detención y es sin duda una restricción de su libertad. El Artículo 10 de la Ley de Protección de los Indígenas (1905—1954) dispone que "a fin de limitar la propagación de la lepra dentro del Estado", los indígenas no podrán viajar por el sur de cierta demarcación, salvo para fines especificados, tales como ingresar en un hospital o consultar con un especialista, en cuyos casos se les concede un permiso que les autoriza a salir del territorio por un período de tiempo determinado y con arreglo a ciertas condiciones; este permiso puede ser anulado en cualquier momento sin obligación de exponer el motivo.

Si esto equivale a la detención dentro de un Estado, tal vez pueda decirse que las disposiciones de la Ley de Migración de 1958 (Commonwealth) equivalen a la detención dentro de Austra

⁴⁶ Apartado 2) del Artículo 31; Apartado 146) y Apartado 2) del Artículo 153.

lia. Según la Constitución, el Parlamento del Commonwealth no tiene poderes generales para legislar respecto de los aborígenes. No obstante, el Artículo 64 de la Ley de Migración impide virtualmente a los aborígenes salir de Australia, salvo con una autorización discrecional de un funcionario de inmigración. A no ser que el aborigen posea un permiso para salir del país, es un hecho delictivo el de cualquier persona que lo ayude a salir de Australia o lo envíe fuera de dicho territorio, o el de quien concierte un contrato o convenio para que el aborigen salga de Australia. Los funcionarios competentes pueden concederle este permiso para salir del país dentro de un determinado plazo y con arreglo a cierto procedimiento, pero la Ley no especifica en qué ha de basarse el ejercicio de esta facultad discrecional, de suerte que no está claro si la concesión o la negativa de este permiso puede equipararse a una modalidad de detención. Sin embargo, la Ley no dice expresamente que un aborigen no pueda salir del país sin autorización, y al parecer puede salir de él lícitamente mientras no haya otra persona complicada en su partida.

Las leyes de los Estados contienen disposiciones que se refieren de un modo más claro a la detención. Según el Artículo 26 de la Ley de Aborígenes de Australia meridional (1934—1939), si se comprueba que un aborigen padece una enfermedad venérea puede ser internado en una penitenciaría de sanidad hasta que se dictamine que ha quedado curado de la enfermedad. Asimismo, según el Artículo 38, todo menor aborigen puede ser internado en un establecimiento bajo la vigilancia de la Junta de Protección de Menores y de Asistencia Pública hasta que cumpla 18 años de edad; en Nueva Gales del Sur únicamente podrá ser internado si no tiene quien le cuide o necesita vigilancia.⁴⁷

En Queensland⁴⁸ y en Australia meridional⁴⁹ puede enviarse a un territorio destinado a indígenas y mantener allí a cualquier aborigen, sin necesidad, al parecer, de que exista ningún motivo especial; sin embargo, en Nueva Gales del Sur⁵⁰ los aborígenes sólo pueden ser trasladados desde el territorio a ellos destinado si se comprueba que viven en condiciones antihigiénicas o míseras o que necesiten vigilancia.

En la mayoría de los Estados se restringe de otras muchas formas la libertad de los aborígenes. Por lo común, son ciudadanos de Australia y, por consiguiente, se les priva de muchos de los

⁴⁷ Ley de Protección de Aborígenes (1909—1943), Artículo 13.

⁴⁸ Ley de Protección y Conservación de los Aborígenes (1939—1946) Artículo 22.

⁴⁹ Ley de Protección de Aborígenes (1909—1943), Artículo 8.

⁵⁰ Ley de Protección de Aborígenes (1934—1939), Artículo 17.

derechos que dicha ciudadanía lleva consigo; existen muchas disposiciones que les prohíben recibir licores alcohólicos y opio; generalmente, tampoco pueden cohabitar con personas del sexo opuesto que no sean aborígenes, y esta disposición se ha llevado a tal extremo en Australia meridional que se considera un delito el que una mujer aborigen "sea hallada vestida de hombre o en la compañía de un varón que no sea aborigen".⁵¹

IV. CONCLUSION

El ciudadano medio australiano no tiene muchos motivos de queja por lo que se refiere a su libertad. Será raro que en toda su vida tenga que sufrir la prisión preventiva, si se exceptúan los pocos casos mencionados. En menos favorable la situación de los que no han nacido en Australia, ya sean inmigrantes, extranjeros, refugiados o miembros de asociaciones ilícitas y que, como tales, pueden ser deportados. Pero como dijo C. J. Latham es la causa de Koon Wing Lau, incluso como deportados pueden invocar el *habeas corpus* si son detenidos durante un período de tiempo excesivo. Por consiguiente, puede decirse que nadie, en general (si se exceptúan los aborígenes) carece por completo de protección contra los rigores de la prisión preventiva o administrativa, salvo tal vez en tiempo de guerra.*

ZELMAN COWEN *

(Sra.) RACHAEL RICHARDS **

* Profesor de Derecho y Dean de la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne.

** LL.B.(Universidad de Gales), Auxiliar de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne.

⁵¹ Ley de Protección de Aborígenes (1934-1939), Artículo 34.

LA LEY SOBRE LA DETENCION PREVENTIVA EN BIRMANIA

I. INTRODUCCION

Naturaleza y origen de la detención preventiva

La justicia preventiva que consiste en detener a un hombre por comisión de un delito que puede haber perpetrado pero que, sin embargo, no ha cometido o por realizar algún acto lesivo para los miembros de la comunidad que puede haber llevado a cabo o no, es norma común de todos los sistemas jurisprudenciales.¹ Este concepto de justicia procede del principio de que una persona puede ser detenida por haber hecho algo que, siendo libre y sin trabas, ofrece una probabilidad razonable de que haya realizado aquella.²

En Birmania las disposiciones relativas a la detención preventiva están basadas en el Capítulo 8 del Código de Enjuiciamiento Criminal, con arreglo al cual a las personas que representan un peligro para la sociedad, tales como los delincuentes habituales, se les puede exigir una fianza. Si esta fianza no es depositada, pueden ser encarceladas. Cabe encontrar disposiciones análogas en la Ley sobre el Opio y en la Ley sobre drogas nocivas. Sin embargo, fué adoptada una nueva ley después de la segunda Guerra Mundial bajo el nombre de Ley de Orden Público (Mantenimiento del) por el Gobernador, en 1947; y la finalidad de esta Ley, como se declara en el preámbulo, es "establecer unas disposiciones para mantener la paz y el orden en determinadas zonas."³

Esa ley tiene su origen en la Ley de Defensa de Birmania que es la contrapartida birmana de la Ley de Defensa del Reino de Birmania promulgada por el Gobierno de S.M. para la prosecución venturosa de la guerra. La Ley tenía por objeto acabar con una situación anormal suscitada por la guerra y adoptar las medidas que fuesen necesarias para impedir que determinadas personas cometiesen delitos capaces de afectar a la paz y al orden.

El artículo 5° faculta a un agente de policía, cuya categoría no sea inferior a la de subinspector, o a alguien especialmente autorizado por el Gobernador a detener sin mandamiento de prisión a cualquier persona que sea racionalmente sospechosa de haber obra-

¹ Véase *Maung Hla Gyaw* contra el *Comisario de Policía y otro*. 1948. B.L.R. 764 - 766.

² *Ibid.*

³ Véase Ley XVI de 1947. 2 *Código de Birmania* (1954) - 226.

do o de estar a punto de obrar (i) de cualquier modo premeditado para alterar el orden público, o (ii) de una manera dañosa para la seguridad de alguna zona de población o de alguna industria, maquinaria o edificio en esa zona, o (iii) de una manera lesiva para la producción o que afecte al control de dichas industria o maquinaria. Esa persona puede ser detenida por espacio de quince días, durante cuyo período su detención deberá ser comunicada al Gobernador quien dictará una resolución final respecto a si debe continuar la detención, el confinamiento o si procede su puesta en libertad.

Dos meses después de la promulgación de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del) se aprobó una enmienda a esta Ley⁴, por la cual se añadieron los artículos 5A y 5B. El artículo 5A dispone lo siguiente:

“Cuando el Presidente de la Unión esté convencido con respecto a alguna persona y con objeto de impedirle que obre de una manera lesiva a la seguridad pública y al mantenimiento del orden público o que cometa cualquier acto, por lo que sea necesario hacerlo así, el Presidente de la Unión podrá dictar una orden:

- a) disponiendo que dicha persona abandone la Unión de Birmania del modo, por el tiempo y siguiendo el itinerario que se especifique en dicha orden, prohibiéndole su regreso a la Unión de Birmania;
- b) disponiendo su detención;
- c) disponiendo que excepto hasta donde lo permitan las prescripciones de esa orden, o por la autoridad o persona que se especifique en aquella, no pueda la referida persona residir en esa zona o lugar de la Unión de Birmania que se especifiquen en la mencionada orden;
- d) exigirle que resida o permanezca en el lugar o dentro de la zona de la Unión de Birmania especificados en dicha orden, y si estuviere ya allí, que siga hasta esa zona o lugar dentro del plazo que se especifique en la orden;
- e) a requerirle para que notifique sus movimientos de la manera, en las fechas y ante la autoridad o ante las personas que se especifiquen en la orden;
- f) imponiéndole las restricciones que se especifiquen en la orden con respecto a su empleo o negocio, a su asociación o comunicación con otras personas, a su intervención cerca de los menores de quienes sea padre o tutor, y con respecto a sus actividades relacionadas con la difusión de noticias o con la propaganda de opiniones;
- g) prohibiendo o restringiendo la posesión o el uso por esa persona de cualquier artículo o artículos que se especifiquen en la orden;
- h) o, en su defecto, a regular su conducta en aquellos casos especificados en la orden.

Se sobreentiende que ninguna orden conforme a la cláusula (a) de esta subdivisión será dictada con respecto a un ciudadano de la Unión”.

El artículo 5B trata de fotografías y huellas dactilares. En ese mismo año se promulgó otra Ley reformada⁵ con arreglo a la cual puede entablarse una acción contra unas personas por el uso inde-

⁴ Ley no. XXVIII de 1947.

⁵ Ley LXXIX de 1947.

bido de uniforme, prohibiendo su libertad de movimientos o el ejercicio de carácter militar.

Cuando Birmania consiguió su independencia en enero de 1948, se dictó un decreto denominado de Ordenación de Leyes de Orden Público para, entre otras cosas, sustituir la palabra "Presidente" por la de "Gobernador", allí donde apareciese. La legislatura birmana aprobó otra Ley enmendada⁶ por la cual la palabra "racional" que aparecía en el artículo 5 fué suprimida. Esto fué seguido de otra Ley reformada⁷, con arreglo a la cual el agente de policía o la persona autorizada, mencionados en el artículo 5 podían dictar una orden de detención por sí mismos. Finalmente, en 1953, se promulgó otra Ley enmendada⁸ añadiendo al artículo 5 la frase "por comisión de cualquier acto lesivo". De lo cual se desprende que una persona puede ser detenida o su vida vigilada a fin de impedirle ejecutar un acto lesivo que se define en la mencionada Ley enmendada, incluyendo el contrabando de opio, de drogas nocivas, minerales en bruto, arroz, productos arroceros, *palay* (arroz con cascarrilla), madera de construcción, aceites minerales, metales, chatarra, o piedras preciosas. La comisión de un delito con arreglo a las normas del Cambio Exterior de la Ley de Armas se considera también un "acto lesivo".

Quizá sea conveniente decir que existe cierta relación entre los delitos con arreglo a la Ley de Armas y el mantenimiento de la paz y del orden; pero no se comprende por qué el contrabando de opio, de madera de construcción o un delito con arreglo a las normas de Cambio Exterior tienen que ver con el mantenimiento de la paz y del orden. La Ley de Orden Público (Manteniendo del) es hoy aplicable en toda la Unión de Birmania y ha sido empleada libremente por el poder ejecutivo durante los pasados años. Por consiguiente se han presentado numerosos casos ante la Corte Suprema, relacionados con la expresada Ley.

En este breve trabajo se intentará examinar esa Ley especial a la luz de las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de la Unión de Birmania haciendo una referencia particular a las prescripciones pertinentes de la Constitución.

II. DETENCION PREVENTIVA

Antiguas y nuevas disposiciones

Puede ser útil distinguir en primer término la antigua ley sobre detención preventiva de la nueva. Como se ha expuesto anterior-

⁶ Ley LXII de 1948.

⁷ Ley XXXVI de 1949.

⁸ Ley IV de 1953.

mente⁹ existe una notable diferencia entre las disposiciones preventivas del Código de Enjuiciamiento Criminal y las de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del)¹⁰. En casos en que la acción se entabla conforme a las normas más recientes, no se le permite a la persona encausada mostrarse parte contra la acción interpuesta. Rara vez existe prueba en el sentido legal, pero con frecuencia se adopta la sospecha basada sobre el material aportado como evidencia ante un tribunal de derecho. Otra gran diferencia es que conforme a la Ley de Orden Público (Mantenimiento del) la orden de detención es dictada por el poder ejecutivo y no por el judicial. Además la detención con arreglo a la referida Ley de Orden Público puede ser indefinida.¹¹

Autoridad para ordenar una detención

Conforme al artículo 5 cualquier agente de policía, de categoría no inferior a la de subinspector o toda persona autorizada expresamente por el Presidente, pueden ordenar la detención de una persona por el plazo de quince días. Durante este período, la autoridad que haya efectuado la detención deberá comunicarlo al Presidente quien podrá dictar una orden final, con arreglo al artículo 5A, relativa a si procede mantener la detención, restringir los movimientos o poner en libertad al detenido. El Presidente no deberá ejercer esta facultad personalmente. Será ejercida por alguno de aquellos en quienes estén delegados los poderes presidenciales, conforme al artículo 121 de la Constitución.¹²

El Gobierno de la Unión es el que ejerce el poder ejecutivo en nombre del Presidente.¹³ El agente que efectúe la detención deberá hacerlo conforme a su propia discreción. Si actúa mecánica-

⁹ Véanse pags. 47 - 48 *supra*.

¹⁰ Un criterio semejante fué adoptado por la Corte Suprema en el caso *Lim Lyan Hwat (a) Lim Lway Gaung y otro* contra el *Secretario del Ministerio del Interior y otro*. Demandas diversas en lo Criminal, núms. 20-71 de 1960. Pero la Corte en un caso mucho más reciente declaró que, en principio "no vemos diferencia entre las disposiciones de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del) y las disposiciones preventivas del Código de Enjuiciamiento Criminal". Véase *Tinsa Maw Naing* contra el *Comisario de Policía de Rangoon y otro*, 1950, B.L.R. (S.C.) 17-34.

¹¹ Véase artículo 5A (1) (b).

¹² El artículo 121 (1) de la Constitución dispone: "En toda acción ejecutiva del Gobierno de la Unión se expresará que ha sido entablada en nombre del Presidente."

¹³ Véase también artículo 13 de la Ley de Cláusulas Generales que dice: "Cuando por una ley del Parlamento o por cualquier ley, tal como se define en el artículo 222 de la Constitución, se confiere algún poder o se impone alguna obligación al Presidente de la Unión, ese poder será entonces ejercitable o esa obligación cumplida, en su nombre, por el Gobierno" 1 Código de Birmania (1954) 2-6.

mente, siguiendo instrucciones de su autoridad superior, entonces la orden de detención es ilegal.¹⁴

Duración de la detención

Conforme a la vigente Ley Criminal un agente de policía no tiene autoridad para detener a una persona sin mandamiento, durante más de veinticuatro horas¹⁵, salvo si un juez ordena la nueva detención ulterior de dicha persona durante quince días si la indagatoria no pudiese ser completada dentro de las veinticuatro horas y si hubiera motivos para creer que la acusación tenía una base cierta.¹⁶ En el caso de una persona detenida conforme a un mandamiento, el agente de policía deberá conducirla ante el tribunal sin aplazamiento innecesario.¹⁷ Así pues, el período más amplio durante el cual puede estar detenida una persona, bajo custodia de la policía y antes de tomarle declaración y de ser juzgada, es el de quince días.

Sin embargo, conforme a la Ley de Orden Público (Mantenimiento del) cualquier persona sospechosa de haber alterado o de estar a punto de alterar el orden público podrá ser detenida por cualquier agente de policía, con categoría de subinspector o más elevada, o por cualquier funcionario del Gobierno autorizado por el Presidente de la Unión y permanecer arrestada durante quince días sin orden presidencial y durante dos meses con ésta orden¹⁸. El Presidente o su delegado podrán también ordenar que sea detenida cualquier persona por un período indefinido si están convencidos de que dicha persona representa una amenaza para la seguridad pública y para el mantenimiento del orden¹⁹.

Con arreglo a la primera disposición del párrafo 2 del artículo 5, una persona puede ser detenida sin mandamiento por un período no superior a quince días. Entre tanto, el agente de policía que haya efectuado esa detención deberá someter su informe al Presidente o a cualquier funcionario con poder legal para actuar en nombre de aquel. Conforme al párrafo 4, el Presidente o cualquier funcionario con poder legal para actuar en su nombre, si están facultados por cualquier otra ley además de la aludida, dictará, con arreglo al párrafo 4, una orden final para que sea detenida una persona por un período superior a los dos meses. Este período está

¹⁴ Véase *Daw Mya Tin* contra el *Comisario Delegado, Shwedo y otro* 1949 B.L.R. (S.C.) 99.

¹⁵ Véase artículo 61, Código de Enjuiciamiento Criminal, 8 Código de Birmania 181 (1954).

¹⁶ Véanse artículos 167 (1) y 167 (2), *Ibid.*

¹⁷ Véase artículo 81. *Ibid.*

¹⁸ Véanse artículos 5 (1) y 5 (2) de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del).

¹⁹ Véase artículo 5A (1) (b) y artículo 7, *Ibid.*

autorizado por la Ley para facilitar la investigación respecto a las actividades de la persona detenida ²⁰.

Si la autoridad que detiene aplica la orden de detención a la persona por más de dos meses, podrá aquella, al recibir el informe del funcionario que haya practicado la detención, dictar inmediatamente una orden final conforme al artículo 5A cláusula (b) ²¹. Así cuando el comisario de policía dicte una orden de detención por un período indefinido con arreglo al artículo 5 (4) se entiende que no puede hacerlo y que el detenido no puede estar arrestado por más de dos meses ²².

III. RECURSOS UTILIZABLES

Jurisdicción de la Corte Suprema

El único recurso utilizable por una persona detenida conforme a la Ley de Orden Público es dirigirse a la Corte Suprema por medio de un escrito solicitando el *habeas corpus*. Es este el único tribunal en Birmania que tiene jurisdicción para entender en lo referente a las instrucciones respecto al carácter de las diversas demandas conforme al artículo 25 de la Constitución ²³. Antes de entrar en vigor la Constitución de 1948 era el Alto Tribunal de la Magistratura de Rangoon el que solía entender en los escritos de súplica. Pero después de la obtención de la independencia, el Alto Tribunal en el caso de *Kean Eng & Co y tres más contra El Conservador de Bienes Muebles, Birmania y otro* ²⁴, declaró que no tenía jurisdicción para emitir escritos de prerrogativa y que el artículo 228 de la Constitución se refiere a tribunales de derecho existentes en

²⁰ Véase *U Zan* contra el *Comisario Delegado, Insein y otro*—1951 B.L.R. (S.C.) 188.

²¹ *Ma Lone* contra el *Comisario de Policía de Rangoon y otro*—1949 B.L.R. (S.C.) 8; véase también *Pakiya Ammal* contra el *Comisario Delegado, Hanthawaddy y otro*—1949 B.L.R. (S.C.) 35.

²² *El caso Ma Lone*, *op. cit. supra*.

²³ El artículo 25 de la Constitución dispone:

- (1) "El derecho de apelar a la Corte Suprema por medio del procedimiento adecuado para la ejecución de cualquiera de las demandas conferido en este Capítulo, está garantizado por dicho medio.
- (2) Sin perjuicio de los poderes de que puedan estar investidos a favor de otros tribunales, la Corte Suprema tendrá facultad para dictar órdenes de la naturaleza del *habeas corpus*, *mandamus*, *prohibition*, *quo warranto* y *certiorari* apropiados a los derechos garantizados en este Capítulo.
- (3) El derecho de ejercer esos recursos no será anulado excepto en tiempo de guerra, invasión, rebelión, insurrección o grave necesidad, si la seguridad pública lo requiere así".
Véase también *Won Shwe Bee* contra el *Comisario de Policía de Rangoon y otro*. 1948 B.L.R. (S.C.) 157.

²⁴ 1949 B.L.R. (H.C.) 71.

la época de la independencia de Birmania y no a los nuevos tribunales establecidos por una nueva Ley ²⁵.

Desde que la detención preventiva constituye una acción cuasi judicial ²⁶, la Corte Suprema puede investigar la legalidad de cualquier resolución de un organismo judicial o cuasi judicial que afecte a la libertad de los súbditos ²⁷. Ninguna disposición en la Unión puede válidamente impedir que éste tribunal investigue sobre la legalidad o suficiencia de cualquier resolución de un organismo judicial o cuasi judicial ²⁸. Así el artículo 9 (1) de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del) que dice que "ninguna orden dictada en el ejercicio de cualquier poder conferido según esta ley podrá ser puesta en tela de juicio ante un tribunal cualquiera" fué declarado anulado por ser contrario al artículo 25 de la Constitución ²⁹.

Por consiguiente, en un escrito de procedimiento relativo a la detención preventiva será competente la Corte Suprema para estimar si la acción entablada por la autoridad detenedora es legal o no. En tal procedimiento, la Corte Suprema no debe ejercer la jurisdicción de apelación. Su función consistirá simplemente en examinar si la autoridad que ha detenido a una persona ha obrado o no dentro de los límites de su jurisdicción. A este propósito la Corte Suprema examinará la competencia de la autoridad y estimará también si esta última dispuso de los datos que podrían justificar legalmente esa conclusión; y la Corte puede, a fin de convencerse ella misma requerir una información con respecto a la naturaleza de las materias, basándose en las cuales tiene la autoridad el propósito de actuar. La Corte puede investigar hasta la *bona fides* de la autoridad y la autenticidad de la orden misma ³⁰.

IV. PRUEBAS UTILIZADAS

Motivos suficientes

Cuando se trate de demandas dimanantes de acciones entabladas por el poder ejecutivo con arreglo a la Ley de Orden Público (Mantenimiento del) la Corte Suprema asienta ciertos principios que

²⁵ El artículo 228 de la Constitución dice: "Todos los tribunales existentes en la fecha en que comience la vigencia de esta Constitución podrán seguir ejerciendo su jurisdicción hasta que se establezcan nuevos Tribunales por una Ley conforme a esta Constitución. Todos los asuntos civiles, criminales y fiscales pendientes en los referidos tribunales, se sustanciarán como si esta Constitución no hubiera entrado en vigor."

²⁶ Véase *Daw Mya Tin* contra el *Comisario Delegado, Shwebo y otro*, 1949 B.L.R. (S.C.) 99-100.

²⁷ Véase *Maung Hla Gyaw* contra el *Comisario de Policía y otro*, 1948 B.L.R. 764-767.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Véase *Bo San Lin* contra el *Comisario de Policía y otro*, 1949 B.L.R. 372.

³⁰ Véase *Maung Hla Gyaw* (caso de) *cit. supra*.

podrían orientar a las autoridades interesadas. Así, la Corte declaró que el convencimiento racional de la necesidad de ordenar una detención es la base del ejercicio de los poderes conforme al artículo 5A³¹. Debe la autoridad ser concededora de esos razonables motivos antes de poder ejercer válidamente su jurisdicción³². Cuando el comisario de policía no disponga de otros datos aparte del informe del funcionario de la policía participándole la detención no estará justificado que dicte una orden de detención por un período indefinido conforme al artículo 5A de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del)³³. El comisario de policía deberá manifestar que, a su juicio, la persona cuya detención se propone ha realizado o está a punto de realizar actos que justifiquen el que sea considerada como una amenaza para la paz y la tranquilidad públicas, declaró la Corte. Esta información se considera necesaria para facilitar a la Corte el que examine si la orden de detención estaba justificada legalmente o no³⁴.

La acción conforme al artículo 5A no puede entablarse por mera sospecha. El funcionario interesado deberá tener el convencimiento de que, para impedir que la persona detenida actúe de una manera lesiva a la seguridad pública y al mantenimiento del orden, es necesario ordenar su detención. La orden de detención que puede estar justificada conforme al artículo 5 no lo está necesariamente con arreglo al artículo 5A (1) (b)³⁵.

La verdadera prueba está en saber si la autoridad interesada puede, según el artículo 5A de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del), al declarar el Comisario delegado que tiene motivos fundados para sospechar del detenido como presunto causante de una perturbación de la tranquilidad pública y del mantenimiento de la ley, dictar una orden para que sea detenido con arreglo al artículo base de los datos aportados ante él, estando convencido de que es necesario detener a la persona encausada para impedir que actúe de manera lesiva para la seguridad pública y el mantenimiento del orden³⁶. Por ejemplo, cuando una orden de detención conforme al artículo 5A (1) de la Ley, se considera defectuosa legalmente y no está de acuerdo con el artículo 5A (1) (b) de la Ley, no cabe autorizar que se mantenga la detención del inculpado³⁷. La Corte de-

³¹ Véase *U Zan* contra el *Comisario Delegado Insein* y otro. 1951. B.L.R. (S.C.) 39.

³² *Ibid.*

³³ *Ma Ahmar* contra el *Comisario de Policía de Rangoon* y otro. 1949. B.L.R. (S.C.) 39.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Véase el caso de *Pakiya Ammal*, *op. cit. supra.*

³⁶ Véase *Daw Kywe* contra el *Comisario Delegado, Pegu* y otro. 1952 B.L.R. (S.C.) 92.

³⁷ *Ma Aye Saing* contra el *Comisario Delegado, Hanthawaddy* y otro. 1949. B.L.R. (S.C.) 43.

claró: "Los funcionarios a los que se han conferido amplios poderes para restringir la libertad de un ciudadano ejercerán esta grave responsabilidad con todo cuidado. Le Constitución ha garantizado la libertad personal de un ciudadano y conforme al artículo 16 dicha libertad personal no puede ser coartada, sino tan sólo con arreglo a la ley. Debe haber circunstancias que justifiquen la acción proyectada y la restricción de la libertad debe realizarse conforme al procedimiento legal pertinente. No es suficiente que existan circunstancias como las estudiadas. La detención debe asimismo efectuarse del modo dispuesto por la Ley"³⁸.

A fin de que una detención realizada conforme a la Ley pueda estar justificada, debe existir un convencimiento racional de la necesidad de ordenar dicha detención. Sin embargo, hay que mostrar la diferencia entre "convencimiento racional" y "temor nacido de una vaga presuposición"³⁹.

La libertad personal de un ciudadano, que la Constitución le garantiza, no puede ser obstaculizada a la ligera, y las condiciones y circunstancias con arreglo a las cuales la legislación permite tal intromisión, deben ser convincentes y reales⁴⁰.

Ordenes ilegales de detención

Así pues, cuando el agente no actúa por su propio criterio sino mecánicamente, obedeciendo instrucciones de una autoridad superior, su orden será declarada ilegal⁴¹. En cierto caso⁴², el detenido había sido encarcelado durante cerca de cuatro años. Las autoridades ordenaron su detención cuando les era imposible establecer sin ulterior indagación los fundamentos de la detención. La orden de detención quedó, por consiguiente, anulada.

Para justificar la detención conforme al artículo 5A de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del) es necesaria una orden por escrito⁴³. Una orden verbal es nula y dicha orden no puede ser confirmada posteriormente por otra orden escrita. Tales órdenes son, por lo tanto, ilegales⁴⁴. Una orden escrita dictada con miras retroactivas es también ilegal⁴⁵.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Véase *Tinsa Maw Naing* contra el *Comisario de Policía de Rangoon* y otro. 1950 B.L.R. (S.C.) 17-35.

⁴⁰ *Id.* 37.

⁴¹ Véase *Daw Mya Tin* (el caso de), *op. cit. supra*.

⁴² Véase *Thet Tun* contra el *Comisario Delegado Shwebo* y otro. 1952. B.L.R. (S.C.) 33.

⁴³ Véase *Daw Aye Nyunt* contra el *Comisario de Policía de Rangoon* y otro. 1949. B.L.R. (S.C.) 5.

⁴⁴ *Ma Aye Kyi* contra el *Comisario de Policía* y otro. 1948 B.L.R. 772.

⁴⁵ Véase *Daw Aye Nyunt* (el caso de), *op. cit. supra*.

Aplicaciones impropias de la Ley

La Ley de Orden Público (Mantenimiento del) se refiere a los posibles, no a los actuales enemigos del Estado. La Ley no es una ley positiva sino sólo preventiva. Sin embargo, sus disposiciones no pueden ser invocadas en lugar de los artículos preventivos del Código de Enjuiciamiento Criminal⁴⁶. Si puede ser entablada una acción conforme a la Ley Penal común, es impropio invocar las prescripciones de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del). Será, por tanto, abusar de la Ley utilizar sus prescripciones sumarias cuando haya que entablar una acción conforme al Capítulo 8 del Código de Enjuiciamiento Criminal⁴⁷. Cuando el inculpado sea sospechoso de estar complicado en una serie de robos, atracos (robos en cuadrilla) y asesinatos y haya sido detenido conforme a la Ley de Orden Público, se entenderá que la mencionada Ley no puede ser aplicada a tales casos y que la acción apropiada de la demanda debe entablarse con arreglo a los artículos preventivos del Código de Enjuiciamiento Criminal⁴⁸. En otro caso,⁴⁹ la acusación contra el detenido se basaba en que éste era un delincuente peligroso, un contrabandista de pertrechos militares y un cuatrero. El tribunal falló que el encausado no podía estar detenido indefinidamente conforme a la Ley de Orden Público (Mantenimiento del) y que podría seguirse contra él un procedimiento de acuerdo con la ley criminal apropiada. A falta de lo cual el inculpado será juzgado conforme al artículo 110 del Código de Enjuiciamiento Criminal⁵⁰.

Requisitos relativos al procedimiento

A fin de que una detención puede ser válida y formal, se requiere de la autoridad interesada el cumplimiento de ciertos procedimientos. Si el procedimiento requerido no es seguido estrictamente, el detenido tendrá derecho a ser puesto en libertad, de no existir motivos suficientes que justifiquen su detención. Así, por ejemplo, una orden de detención deberá dictarse por escrito y una orden verbal no podrá ser legalizada por una orden escrita subsiguiente⁵¹. Tampoco será válida una orden a la que se intente dar

⁴⁶ Véase *Tinsa Maw Naing* (el caso de), *op. cit. supra*, 54.

⁴⁷ *Ma Kyin Hnin* contra el Comisario de Policía y otro. 1948. B.L.R. (S.C.) 777.

⁴⁸ Véase *Maung Thar Shwe* contra el Comisario Delegado Amherst y otro. 1950. B.L.R. (S.C.) 255.

⁴⁹ Véase *Ariff Ebrahim Bharraroocha* contra el Comisario de Policía de Rangoon y otro. 1949. B.L.R. (S.C.) 168.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Véase *Ah Nywe* contra el Comisario de Policía de Rangoon y otro. 1948. B.L.R. 737; caso de *Aye Kyi*, *op. cit. supra* nota 37.

finés retroactivos⁵². Una simple orden que afecte a varias personas detenidas en diferentes lugares y en diversas fechas o detenidas al mismo tiempo, se considera defectiva porque la autoridad que ha dictado esa orden no puede examinar el caso de cada detenido individualmente.

La autoridad detenedora debe dictar la orden por su propia sospecha o convencida de que la persona que va a ser detenida representa un peligro para la tranquilidad y la seguridad públicas. Si ha dictado esa orden con arreglo a instrucciones de una autoridad superior, dicha orden será ilegal⁵³. Esa autoridad que obra conforme al artículo 5A de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del) deberá estar convencida de la necesidad de la detención y no podrá obrar por mera sospecha⁵⁴. Así, en el caso de Pakiya Ammal⁵⁵ se sostuvo que la acción conforme al artículo 5A no podía ser entablada por una mera sospecha y que la autoridad detenedora había de estar convencida de que, a fin de impedir que la persona detenida actuase de una manera lesiva a la seguridad pública y al mantenimiento del orden, era necesaria su detención. El hecho de que el encausado fuese un miembro activo del partido comunista birmano, jefe de la guardia roja y persona influyente de la Comunidad India, y que hubiese también ejercido influencia para provocar el paro de los empleados indios de la Compañía Birmana de Petróleo no era suficiente para justificar su detención conforme al artículo 5A (1) (b)⁵⁶. El Tribunal hizo notar que organizar el trabajo y coadyuvar al paro sin emplear medios ilegales eran derechos reconocidos por la Constitución. Los magistrados enumeraron también los diferentes trámites que debían seguirse en el procedimiento con arreglo a los artículos 5 (1) y 5A de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del). Señalaron que conforme al artículo 5 (1) de la Ley el agente de policía podía detener a una persona de quién él sospechase que hubiera actuado o estuviese a punto de actuar de manera premeditada para alterar o contribuir a la alteración de la tranquilidad pública. Basado en esa sospecha el agente de policía puede mantener en prisión a la persona detenida hasta quince días. Este período de quince días está autorizado, declaró el Tribunal, a fin de que el agente de policía actúe con una sospecha racional en la indagación del posterior asunto y quede convencido él mismo de que su sospecha es fundada. El período de detención conforme a

⁵² Véase el caso de *Daw Aye Nyunt*, *op. cit. supra*.

⁵³ Véase *Daw Mya Tin* contra el *Comisario Delegado Shwebo* y otro. 1949. B.L.R. (S.C.) 99-100, *Lee Kyin Su (a) U Su* contra el *Comisario de Consumos* y tres más. 1957. B.L.R. (S.C.) 5-9.

⁵⁴ Véase *Ma Aye Saing* contra el *Comisario Delegado Hanthawaddy* y otro. 1949. B.L.R. (S.C.) 43-44.

⁵⁵ Véase nota 14, *supra*.

⁵⁶ *Id.* 38.

éste artículo puede ser ampliado hasta un período total de dos meses si hay una orden ulterior del Presidente o del funcionario autorizado por éste conforme al artículo 7 de la Ley. Se pasa al trámite siguiente después de expirar los dos meses o si la indagatoria ha quedado concluida antes de expirar ese plazo. Si la indagatorio revela circunstancias que justifiquen la acción conforme al artículo 5A de la Ley, puede entonces efectuar una detención ulterior por un plazo indefinido un funcionario en quién haya delegado el Presidente los poderes con arreglo al artículo 7⁵⁷.

En el caso de Daw Mya⁵⁸, se ordenó que el detenido fuera puesto en libertad con arreglo a unas instrucciones en forma de petición del *habeas corpus* dictada por la Corte Suprema y basada en que su detención era ilegal por un defecto en el procedimiento. Pero la Corte mantuvo que sería detenido de nuevo y encarcelado o si estaba aún en prisión, seguiría encarcelado, conforme a una reciente orden de detención según el artículo 5A (1) (b) de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del)⁵⁹.

V. CASOS ESPECIFICOS

Casos de detenciones injustificadas

Examinaremos ahora algunos de los casos más importantes en los que se ordenaron detenciones que eran injustificadas. En el caso Daw Aye de Nyunt⁶⁰ los alegatos contra el detenido eran el haber fomentado el descontento y las quejas entre los trabajadores, induciéndoles a ir a la huelga y el haber actuado como enlace durante el paro en el aserradero en 1948 entre la facción huelguista y el partido comunista birmano. El tribunal estimó que las acusaciones no revelaban ningún acto que le hubiera hecho caer dentro del alcance del artículo 5A. Los magistrados observaron: "Ir a la huelga o inducir a otros a ella, con tal de que no se empleen medios ilícitos, y llevar mensajes, se hallan dentro de los legítimos derechos de un ciudadano de la Unión. El detenido no hizo nada que excediera de sus derechos legítimos ni algo prohibido por la ley o algo que pudiera poner en peligro la seguridad pública o el mantenimiento del orden público"⁶¹.

En el caso de *Ma Khin Than* contra el *Comisario de Policía de Rangoon* y otro⁶², el marido de la demandante fué detenido por un agente de policía el 7 de octubre de 1948, conforme al artículo 5 (1), y después, obedeciendo órdenes del Comisario Delegado de

⁵⁷ *Id.* 37.

⁵⁸ Véase nota 19, *supra*.

⁵⁹ *Id.* 85.

⁶⁰ Véase nota 37, *supra*.

⁶¹ *Id.* 7.

⁶² 1949 B.L.R. (S.C.) 13.

Policía de Rangoon, cuya autoridad habíale sido delegada con arreglo al artículo 7. La orden fué impugnada el 8 de octubre de 1948 por el Comisario Delegado de Policía de Rangoon. La Corte Suprema declaró que la orden de detención era al parecer irregular y que el detenido no podía ser encarcelado más allá del 6 de diciembre de 1948 y que la detención hasta el 7 de diciembre era también irregular. Que lo que había que justificar era la detención primera, conforme al artículo 5 (1). Los cargos contra el detenido de estar en contacto con el partido comunista de Birmania y el reparto de hojas y folletos editados por dicho partido así como la posesión de tales hojas y de determinados documentos no constituían suficiente justificación. El partido comunista birmano no había sido declarado asociación ilegal y ser miembro de él no justificaba por sí solo el que se entablase una acción⁶³. El Tribunal declaró:

“Ser comunista y difundir el comunismo repartiendo propaganda sería actuar dentro de los derechos legítimos asegurados a todo ciudadano, si éste con ello no comete actos ilegales o causa una perturbación o un desorden públicos. La posesión y la retención de documentos no es motivo legal para entablar una acción. Como según el título de las hojas el ataque era contra el A.F.P.F.L. y no contra el Gobierno de la Unión de Birmania, estaba dentro de las facultades de un ciudadano el criticar y atacar las organizaciones políticas con tal de que ello sea legítimo y no lo prohíba la ley.”⁶⁴

En la causa de *U Zan* contra el *Comisario Delegado Insein* y *otro*⁶⁵ el inculcado fué detenido y encarcelado por un Inspector de Policía alegando que era miembro y asesor jurídico de la Asociación K.N.D.O. (Insurrectos Karen) y que había estado en relación con nueve personas, la mayoría de las cuales habían sido puestas en libertad y absueltas en el momento de formular el detenido la petición del *habeas corpus*. El Comisario Delegado Insein dictó una orden de detención cuando el encausado pidió un oficio de libertad; el sucesor del Comisario Delegado anuló la orden primera de detención por “sospechas racionales” y la sustituyó con otra nueva por “estar convencido” de la necesidad de entablar una acción con arreglo a la ley.

Los procedimientos de detención muestran que el segundo Comisario Delegado había recibido una detallada relación con una información falsa sobre las actividades ilegales alegadas contra el detenido, sólo después de cerca de dos años de detención, al poco tiempo de que el tribunal dirigiese citaciones al Comisario Delegado para que éste justificase la detención. El tribunal estimó que en la fecha en que fué dictada la orden de detención no existía materia

⁶³ *Id.* 15.

⁶⁴ *Id.* 16.

⁶⁵ 1951. B.L.R. (S.C.) 188.

ante uno u otro de los referidos funcionarios basada en la cual pudieran ellos estar "racionalmente convencidos" de la necesidad de entablar una acción conforme a Ley de Orden Público (Mantenimiento del), y que "el sistema de ordenar primero la detención de una persona por un plazo indefinido, y sólo después, buscar datos en apoyo de esa orden de detención, no está de acuerdo con la Ley y podría resultar altamente lamentable"⁶⁶.

En el caso de *U Win Pe* contra el *Secretario del Ministerio del Interior*⁶⁷ se alegaba que el inculpado estaba comprometido en el tráfico ilegal de arroz y de madera de construcción con los insurrectos y que había actuado de una manera lesiva para la seguridad pública y el orden. Se alegaba también que el encausado había empleado en el molino de arroz señales de alarma cuando los policías y las patrullas armadas se movilizaron registrando la ciudad. No existía, sin embargo, prueba que demostrase que el detenido hubiera estado en el molino de arroz en tales ocasiones o que tuviese noticia de dichas señales. El tribunal declaró que no había recurso legal contra el acusado de tráfico de arroz y maderas de construcción y que no podía considerarse que estuviera comprometido en un comercio ilícito. Declaró también que la autoridad detenedora había obrado sin la suficiente base material y que precisamente porque el cierre de su molino de arroz coincidiera con el ataque de los insurrectos de la ciudad en dos ocasiones, no podía afirmarse que el inculpado tuviese noticias anticipadas del ataque o que existiera alguna relación entre él y los insurrectos⁶⁸.

Quizá el fallo más significativo de la Corte Suprema sea el pronunciado en el caso de *Tinsa Maw Naing* contra el *Comisario de Policía de Rangoon* y otro⁶⁹. Este caso es importante no por los hechos sino por las observaciones formuladas por la Corte Suprema referentes a sus aspectos legal y constitucional. Estas observaciones serán examinadas en detalle más adelante⁷⁰. Por el momento bastará con decir que la detención fué declarada injustificada sobre la base de los hechos expuestos. El marido de la demandante había estado detenido en la Prisión Central de Rangoon desde el 14 de julio de 1948 en cumplimiento de una orden de detención dictada por el Comisario de Policía de Rangoon, conforme al artículo 5A (1) (b) de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del), ejercitando los poderes que le estaban delegados con arreglo al artículo 7 de la Ley.

El inculpado formuló una demanda de instrucción dentro de la naturaleza del *habeas corpus*, con fecha 21 de julio de 1948;

⁶⁶ *Id.* 192.

⁶⁷ 1957. B.L.R. (S.C.) 32.

⁶⁸ *Id.* 35-36.

⁶⁹ 1950. B.L.R. (S.C.) 17.

⁷⁰ Véase p. 63, *infra*.

péro después de la Vista, fué desechada el 11 de agosto de ese año. Presentó por consiguiente una segunda demanda el 7 de diciembre de 1949. Al examinar esta demanda el criterio adoptado por el tribunal fué determinar si cabía decir que el Comisario de Policía, con los datos que aportó ante el tribunal, estaba "racionalmente convencido" de la necesidad de mantener al marido de la demandante detenido durante más tiempo.

Citando el caso de *Liversidge* contra *Anderson*⁷¹, el tribunal declaró que la noción de racionalidad debía presumirse al ejercitar tan graves poderes como una restricción de los derechos fundamentales de la libertad personal que la Constitución garantiza a todo ciudadano. Los magistrados señalaron después que el criterio objetivo es aplicable para determinar si el Comisario de Policía "está convencido" o no de la necesidad de actuar, y "que debemos examinar los datos para ver si éstos podían convencer al Comisario de Policía". El tribunal declaró después:

"Hemos comprendido plenamente que no estamos reunidos aquí con motivo de una apelación del Comisario de Policía ni estamos autorizados para sustituir nuestras conclusiones sobre hechos por las suyas. Pero debe trazarse una distinción, que nuestras mentes han de tener siempre presente, entre el convencimiento racional y el recelo originado por una vaga anticipación. El convencimiento racional de la necesidad de ordenar una detención es la base del ejercicio de la autoridad conforme al artículo 5A de la Ley de Orden público (Mantenimiento del). Es un abuso de dicha autoridad ejercerla por un recelo originado por una vaga anticipación."⁷²

Los alegatos contra el detenido eran en este caso que había planeado derribar el Gobierno agrupando a los ex-combatientes y que estaba presente en una reunión política a la que asistían también algunos delincuentes. El tribunal declaró que todo ciudadano tenía derecho a convocar o a estar presente en una reunión política y que el hecho de que algunos de los asistentes fuesen delincuentes no justificaba la detención de todos los que concurrían a aquella, conforme a la Ley de Orden Público (Mantenimiento del). Se hacía notar también que los alegatos acerca del proyectado alzamiento pudieron ser ciertos en el momento de la detención pero que después de un año y ocho meses, y como no se disponía de una información posterior referente a ese alzamiento, la detención continuada no estaba justificada⁷³.

Otro caso importante relacionado con la detención preventiva se presentó muy recientemente ante la Corte Suprema. Se trata del caso de *Lim Lyan Hwat (a) Lim Sway* y otro contra el *Secretario*

⁷¹ 1942 A C, 206.

⁷² *Id.* 35.

⁷³ *Id.* 36.

del Ministerio del Interior y otro ⁷⁴. En este caso los encausados eran primos y asociados en sus negocios. Sus nombres figuraban en el Libro Rosa, que es un libro publicado por el Departamento de Impuestos y Consumos referente a las personas dedicadas al comercio ilícito de opio. El primer encausado había residido en Sandoway desde 1954 a 1957 cumpliendo una orden dictada conforme al artículo 5A. Después de tres años se le permitió volver a Rangoon al ofrecer fianza de buena conducta por un período de cinco años. El 29 de septiembre de 1959 el Ministerio de Hacienda y Rentas Públicas que regía el Departamento de Impuestos de Consumos, ofició al Ministerio del Interior que existían en dicho Departamento motivos para sospechar que el encausado había tenido participación en un alijo de 450 paquetes de opio, decomisados en mayo de 1959.

Se entabló una acción final contra el encausado a quien se ordenó que se trasladase a un lejano pueblo en la Alta Birmania. Al otro encausado se le confinó también fuera de Rangoon durante cierto tiempo en 1955. Pero éste se las ingenió de cierta manera para volver a Rangoon y lo mismo que al primer encausado se le exigió el depósito de una fianza como garantía de buena conducta durante cinco años. Esta fianza fué admitida el 5 de mayo de 1959. Sin embargo, en abril de 1960 la Secretaría del Interior dictó una orden confinándole a otro pueblo de la Alta Birmania. El tribunal declaró que porque una persona fuera sospechosa de estar complicada en un contrabando de opio, no se infería de ésto que su detención o su restricción de libertad, conforme al artículo 5A fuese automática y que los encausados pudiesen ser procesados. Los magistrados manifestaron que las medidas preventivas no se aplicaban como recurso por la vía punitiva y que invocar la Ley de Orden Público (Mantenimiento del) como instrumento penal constituía un fraude a la ley y un abuso de los poderes ejercidos con arreglo a ella. Por consiguiente, las órdenes dictadas contra los encausados restringiendo su libertad de acción dentro de la Unión fueron anuladas y se dispuso que los pusieran inmediatamente en libertad ⁷⁵.

Casos de detenciones justificadas

Los casos precedentes son aquellos en que la Corte Supremo declaró que los rechos y las circunstancias no justificaban la detención conforme a la Ley. Volveremos ahora brevemente a los casos en los que las detenciones se consideran justificadas con arreglo a la Ley.

En el caso de la *señora G. Latt* contra el *Comisario de Policía y otro* ⁷⁶ al marido de la demandante se le acusaba de haber repar-

⁷⁴ *Criminal Miscellaneous Applications*. No 20 y 71 de 1960.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ 1949. B.L.R. (S.C.) 102.

tido armas y municiones a los insurrectos de Karen. El tribunal estimó que había allí alguna posibilidad de que el detenido estuviera en relación con los rebeldes sobre la base de las piezas aportadas por la autoridad detenedora. Y aunque el encausado negase los alegatos, la detención, declaró la Corte, estaba, no obstante, justificada. Los magistrados manifestaron que cuando un funcionario con autoridad y que tenía el deber de mantener y proteger la seguridad del Estado, declaraba bajo juramento que su orden estaba basada en la información obtenida de unos agentes, de unos denunciantes y de otras fuentes fidedignas y que por mediación del detenido se habían suministrado armas y municiones a los insurrectos, el Tribunal no podía por la mera negativa de la esposa del detenido dar de lado dicha declaración bajo juramento del referido funcionario autorizado. La libertad personal de un ciudadano, aun siendo muy preciada, debía ser sacrificada hasta cierto punto a la ejecución de unas normas legales promulgadas para la seguridad de la nación, según manifestó el tribunal ⁷⁷.

En el caso de *Chwa Eik Haung (a) Chwa Tong Taik* contra el *Comisario de Policía de Rangoon y otro* ⁷⁸, estaba complicado un extranjero. El encausado fué en este caso detenido y encarcelado por la policía en Rangoon conforme al artículo 5A de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del), bajo la acusación de estar complicado en un tráfico no autorizado de divisas y de haberse descubierto en el curso de la indagatoria que había obtenido su entrada en Birmania con una declaración falsa. Se afirmó también que unos folletos clandestinos relacionados con el empleo de explosivos, así como ciertas instrucciones referentes a señales y claves utilizadas por el ejército fueron encontrados en un piso ocupado por el detenido quien reconoció que obedecía al Kuomintang de Formosa. Se declaró que en tales circunstancias no podía decirse que la detención fuese injustificada. Los magistrados hicieron estas observaciones:

"Al tribunal de derecho no le interesa la ideología política de un hombre y mientras éste respete las leyes de la Unión, puede sustentar cualquier opinión política; pero cuando ese hombre, impulsado por su ideología, emprende actividades lesivas de los intereses de la Unión, entonces su ideología política es un factor que puede tomarse racionalmente en consideración." ⁷⁹

⁷⁷ *Id.* 104. Véase también *Saw Benson* contra el *Comisario de Policía de Rangoon y cuatro más*, en el cual se declaró que cuando el Comisario Delegado llega a unas conclusiones del hecho *bona fide* y racionales una orden no será anulada; y que el hecho de que se dicte una orden de detención estando pendiente el procedimiento del *habeas corpus* ante la Corte Suprema, no hace forzosamente ilegal esa orden. 1950. B.L.R. (S.C.) 196.

⁷⁸ 1953. B.L.R. (S.C.) 52.

⁷⁹ *Id.* 53.

En un caso más reciente ⁸⁰ la Corte Suprema declaró que leyes sobre detención preventiva y las leyes penales ordinarias son complementarias unas de otras y que la absolución por una Sala de la Criminal no excluye la detención conforme a la Ley de Orden Público (Mantenimiento del). Aunque la acción con arreglo a la ley penal ordinaria pueda no prosperar a causa de la falta de prueba apropiada, si la autoridad competente considera que existen razones convincentes, una persona puede ser detenida conforme a la mencionada Ley de Orden Público, en beneficio de éste ⁸¹.

VI. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

El estudio precedente de las sentencias de la Corte Suprema ha revelado que el poder ejecutivo que restringe la libertad y la inmunidad de un ciudadano y le detiene por mera sospecha durante un período indefinido es demasiado amplio y que son escasas las garantías existentes con arreglo a las cuales se ejerce ese poder. Con lo que se ve que la Ley de Orden Público (Mantenimiento del), no contiene disposiciones conforme a las cuales la persona detenida requiere estar informada de los cargos presentados contra ella o de los motivos por los que se ha entablado la acción en contra suya y que se le dé la asistencia de un asesor jurídico. Dudas que han sido, por consiguiente, expresadas en lo que respecta a la constitucionalidad de la propia Ley ⁸².

El primero y más serio ataque a la ley, según las disposiciones contenidas en la Constitución de la Unión de Birmania, se realizó en el caso de *Tinsa Maw Naing* contra el *Comisario de Policía y otro* ⁸³. Sostuvo el abogado del inculpado en dicho caso, que la Ley de Orden Público de 1947 era inconstitucional y, por lo tanto, nula. En apoyo de esta pretensión citó el artículo 16 de la Constitución ⁸⁴. Sostuvo asimismo que no era de la competencia del Parlamento promulgar la Ley de Orden Público y que, en consecuencia, ésta no formaba parte de la colección de leyes existentes que seguían en vigencia en la Unión de Birmania, en virtud del artículo 226 (1)

⁸⁰ Véase *Maung Tin Aye* contra el *Comisario Delegado Pakokku y otro*. 1957. B.L.R. (S.C.) 17.

⁸¹ *Id.* 21.

⁸² Para una breve revisión de las primeras sentencias de la Corte Suprema sobre esta cuestión, véase *Winslow Christian* "La nueva Constitución de Birmania y la Corte Suprema" XXVI, *Tulana Law Review* (1951) pag. 47. Véase también N. A. Subramanian "Algunos aspectos del Derecho Constitucional Birmano" V *Indian Year Book of International Affairs* (1956), pag. 123.

⁸³ 1959 B.L.R. (S.C.) 17. Para los hechos del caso véase pag. 60 *supra*.

⁸⁴ El artículo 16 de la Constitución de la Unión de Birmania dispone: "Ningún ciudadano será privado de su libertad personal ni registrado su domicilio, ni confiscados sus bienes, más que con arreglo a la ley".

de la Constitución⁸⁵. Instaba también en nombre del inculpado que las palabras calificativas "salvo con arreglo a derecho" requieren una Ley que autorice la restricción de la libertad personal de un ciudadano y que prescriba que dicha privación de la libertad personal se lleve a efecto solamente después de una indagatoria en la cual a la persona cuya detención se propone se le conceda el derecho de asistir, de estar informada de los cargos contra ella así como de las pruebas presentadas en contra suya, dándole la oportunidad de aportar pruebas en su propia defensa. Se sostuvo que todo lo que no satisfaga estas condiciones lesionaría los principios de natural justicia y las normas del derecho natural y que cuando el artículo 16 de la Constitución habla de "derecho" no se refiere al derecho simplemente positivo que está siendo estudiado sino que ese término se extiende y abarca en sus significados a los principios de justicia social y política.

En apoyo de estos argumentos se citaron muchas sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Las réplicas del Tribunal a dichos argumentos fueron las siguientes: al argumento de que la Ley de Orden Público (Mantenimiento del) no forma parte de las "leyes existentes" definidas en la Constitución⁸⁶, la Corte declaró que el término "ley" que aparece en la frase "leyes existentes" debe entenderse como significando una promulgación positiva por una autoridad legislativa que tenía en la Unión facultad para promulgarla. Las observaciones hechas por el presidente de la Corte Suprema, expresando la opinión del Tribunal, merecen citarse *in extenso*:

"Las leyes consuetudinarias, el Derecho Común inglés y los principios de justicia, equidad y recta conciencia, no fueron aplicados por su fuerza inherente sino que se aplicaron por promulgación. Es decir por el pueblo que había sido educado con arreglo a este sistema de que la Constitución de la Unión de Birmania había sido redactada y promulgada y que es, por consiguiente, racional inferir en conclusión que cuando la Constitución habla de "ley" se refiere a la voluntad de la legislatura promulgada en debida forma a condición de que dicha

⁸⁵ El artículo 226 (1) dice: "Sujetas a esta Constitución ya su cumplimiento mientras no sean incompatibles con ella, las leyes existentes, seguirán en vigor hasta que no sea alguna de ellas derogada o enmendada por una legislatura o por una autoridad competentes".

⁸⁶ El término "leyes existentes" está definido en el artículo 222 (1) de la Constitución como "cualesquiera ley, decreto, orden, estatuto, norma o regla aprobados y redactados antes de comenzar a regir esta Constitución, por cualquier cuerpo legislativo, autoridad o persona en todos los territorios comprendidos dentro de la Unión de Birmania siempre que ese cuerpo legislativo, autoridad o persona posean facultad para redactar esa ley, decreto, estatuto, norma o regla. Véase el caso de *U Hpyin* contra el *Superintendente, Mandalay Jail* y otro, 1953 B.L.R. (S.C.) 41, en el cual se declaró que la Ley de Orden Público (Mantenimiento del) sea cual fuese su origen y la forma de establecer su vigencia, ha de considerarse "ley existente" y seguirá manteniendo su existencia.

promulgación esté dentro de la competencia de la legislatura. En cuanto al principio nos parece también difícil aceptar el opuesto concepto sugerido de "ley" igualándolo a los principios de absoluta justicia o normas de derecho natural, como han sido llamados a veces. Con la evolución de las condiciones sociales y políticas, las nociones referentes al derecho natural cambian; todo lo que permanece constante es el llamamiento a algo más elevado que el derecho positivo. Las normas del derecho natural son como el espejismo que se aleja siempre del viajero que intenta acercarse a él. No existen sin duda ideales a los que el derecho positivo se esfuerce en ajustarse. Pero aceptar el derecho natural como el más elevado derecho que invalidase cualquier derecho positivo contrario a él, conduciría al caos. No hay norma segura ni vara de medir por la cual los llamados principios de natural justicia puedan ser determinados o definidos. Cada juez administrando la justicia natural sería él mismo la ley. Al intentar eludir el ejercicio arbitrario del poder por el Estado, los exponentes de este principio se colocarían ellos mismos conforme al ejercicio de poderes arbitrarios por los jueces. La carga sobre los jueces sería también insoportable. A ningún juez digno de su ministerio le agrada ejercer unos poderes arbitrarios, ya sea por él mismo o por cualquiera otra persona.⁸⁷

El tribunal fué, por consiguiente, de opinión que, cuando el artículo 16 de la Constitución habla de "ley" se trata de una promulgación efectuada por el Parlamento u otro organismo legislativo y que el Parlamento es competente para promulgar la Ley de Orden Público (Mantenimiento del). Los magistrados interpretaron el artículo 16 de la Constitución del modo siguiente: "Ningun ciudadano será privado de su libertad personal excepto en las circunstancias y con arreglo a las condiciones que el Parlamento u otra asamblea competente señale por una promulgación hecha en la debida forma especificada, con tal de que al especificar así las circunstancias y condiciones el Parlamento u otra asamblea no haya actuado más allá de las limitaciones que la Constitución ha establecido"⁸⁸.

El tribunal llegó a esta conclusión, examinando el significado de la palabra "ley" tal como había sido entendida en Birmania durante muchos años, antes de que fuese adoptada la Constitución. El presidente del tribunal se refirió al artículo 13 de la Recopilación de Leyes de Birmania de 1898⁸⁹ y observó que las leyes consuetu-

⁸⁷ Véase 1950 B.L.R. (S.C.) 17-26.

⁸⁸ *Id.* 26.

⁸⁹ El artículo 13 del Código de Leyes de Birmania prescribe *inter alia*: "Cuando en algun pleito u otro procedimiento en Birmania fuese necesario que el tribunal fallase sobre cualquier asunto relativo a herencias, sucesiones, matrimonio, casta o a cualquier secta religiosa se aplicará: (a) la ley budista en los casos en que las partes sean budistas; (b) la ley mahometana cuando las partes sean mahometanos; (c) la ley india si las partes son indios. Estas leyes constituirán la norma de los fallos, excepto cuando esa ley lo sea por promulgación enmendada o derogada o cuando sea contraria a cualquiera costumbre que tenga fuerza de ley". El apartado 3 dispone: "En los casos no previstos en el apartado 1 o en cualquier otra ley que esté vigente en ese momento, el fallo se dictará conforme a la justicia, equidad y recta conciencia". Véase I Código de Birmania (1954) 9.

dinarias y los principios de justicia, equidad y recta conciencia no fueron aplicados por sus fuerzas inherentes sino por haber sido hechas aplicables solamente por medio de una promulgación. Señaló que fué el pueblo el que había vivido o el que había sido educado conforme al sistema del Derecho común británico, que la Constitución de la Unión de Birmania fué redactada y promulgada y que la palabra "ley" no tenía otro significado que la voluntad de la legislatura promulgada en debida forma ⁹⁰.

Así la Corte Suprema sostuvo la constitucionalidad de la Ley más discutida que había sido nunca promulgada por la legislatura birmana. La Corte eludió discretamente el responder a la más amplia pregunta que se le formulaba, a saber si la aplicación de la "justicia preventiva" caía dentro del alcance del artículo 133 o del artículo 150 de la Constitución, diciendo que no era necesario decidir el punto debatido en vista del criterio adoptado ya por el tribunal respecto al artículo 5A de la Ley de Orden Público (Mantenimiento del).

Es significativo observar que aunque el tribunal haya rechazado la justicia natural en este caso, sin embargo, en varios otros haya invocado las normas de la justicia natural para anular las órdenes dictadas por ciertos organismos administrativos. Así por ejemplo, en el caso de *U Pit* contra el *Comité Agrícola de la localidad de The-gone y tres más* ⁹¹, el tribunal declaró que el Comité Agrícola Local es un organismo legal que ejerce funciones cuasi judiciales y que dichos Comités no pueden actuar excediendo sus poderes o en oposición a las disposiciones de la Ley de Enajenación y Arrendamiento ⁹² y sus normas. Los magistrados hicieron notar que esos Comités debían actuar también conforme a las normas de justicia natural que requiere, *inter alia*, que: (i) una persona no puede ser juez de sus propios actos ni puede juzgar un asunto en el que sea parte interesada; (ii) los jueces deben actuar con buena fe y conceder una oportunidad a las partes de ser oídas y de expresar su caso y su punto de vista ⁹³.

De nuevo en otro caso ⁹⁴ se declaró que cuando las autoridades a duaneras ejercieran funciones limitadas de carácter judicial como prescribe el artículo 150 de la Constitución, estaban obligadas a obrar de acuerdo con los principios judiciales. Los magistrados dijeron que las normas de justicia natural requieren que ningún hombre sea condenado sin haberle oído y, por consiguiente, que antes de dictar una orden en perjuicio de cualquier persona, debía

⁹⁰ Véase 1950 B.L.R. (S.C.) 17-25.

⁹¹ 1948. B.L.R. (S.C.) 759.

⁹² Ley XII de 1948.

⁹³ Véase 1948 B.L.R. 759-761.

⁹⁴ Véase *Abdul Gaffar* contra *U Kyaw Nyunt* y otro, 1950 B.L.R. (S.C.) 218.

darsele una oportunidad de hacer su defensa aunque no exista una disposición en el Código para tal audiencia⁹⁵.

Los dos casos mencionados anteriormente entrañan el derecho de un ciudadano a la propiedad privada y es ciertamente discutible si éste derecho es de algún modo superior al derecho de un ciudadano a su inmunidad y libertad personal⁹⁶. La Corte Suprema señaló, sin embargo, que la Ley de Orden Público (Mantenimiento del) estaba tan mal redactada que había dado origen a numerosos errores y confusiones y que debería emplearse la mayor cautela al proyectar una Ley tal⁹⁷. Hizo observar también que esa Ley había sido utilizada con abuso por el poder ejecutivo; y la frecuencia con que tales abusos sucedieron en tiempos pasados había llevado a la Corte Suprema a declarar en un reciente fallo⁹⁸ que aun cuando el artículo 16 de la Constitución birmana prescribiese que ninguna persona sería privada de su libertad personal más que con arreglo a la ley "es deplorable que incluso en el décimotercer año de la independencia de nuestro país haya todavía disposiciones legales que vayan en contra de las ideas de libertad e inmunidad consagradas religiosamente en la Constitución"⁹⁹.

La Ley había sido utilizada tan libremente por el poder ejecutivo que el Primer Ministro en un reciente discurso llegó a exhortar públicamente a las autoridades competentes para que no empleasen esta ley sin discriminación. La Corte Suprema fijó su atención en este discurso que fué pronunciado el 27 de mayo de 1960 y editado como una publicación del Ministerio de Información. Los magistrados dispensaron buena acogida al referido discurso, especialmente porque trata del concepto del imperio del Derecho que, según declararon, es muy diferente de la "norma estatutaria" promulgada por creer necesario restringir la libertad individual¹⁰⁰.

VII. CONCLUSIÓN

El anterior estudio ha demostrado que la Ley de Orden Público (Mantenimiento del), promulgada en un tiempo en que el país tenía que hacer frente a un amplio levantamiento nacional, había sido empleada tan arbitrariamente por las autoridades com-

⁹⁵ *Id.* 225.

⁹⁶ La validez de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en este caso particular ha sido discutida por otros escritores también. Véase Subramanian, *op. cit. supra*, notas 75-137. Véase asimismo Winslow Christian *op. cit. supra*, notas 75-76.

⁹⁷ Véase *Ma Lone* contra el *Comisario de Policía de Rangoon* y otro, 1949 B.L.R. (S.C.) 8.

⁹⁸ Véase el caso de *Lin Lyan Hwat*, *op. cit. supra*, nota 10.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

petentes que llegó a ser el terror de todos los políticos y la preocupación de cualquiera que se dedicase a la instauración de una sociedad democrática basada sobre el imperio del Derecho. El artículo 5 de la Ley había llegado a ser tan conocido que ahora habrá difícilmente un político en el país que no lo haya oído mencionar; y el término "Artículo 5" ha llegado a ser conocido de la gente no como un instrumento de justicia y libertad sino como un instrumento utilizado por el Partido en el poder para suprimir la libertad de palabra, expresión y acción de los ciudadanos.

Pudiera ocurrir que las actuales condiciones del país sean tales que una derogación total de esa notoria Ley resulte prematura. Sin embargo, pueden introducirse muchas mejoras en la Ley adoptando enmiendas apropiadas. Se aduce que tales enmiendas han de contener disposiciones segun las cuales una persona contra quien se interpusiera acción conforme a la Ley, será informada de los fundamentos en que se basa la acción y de los cargos y pruebas contra ella. Se la facilitaría también una oportunidad para aportar pruebas en su propia defensa. La disposición referente a la detención indefinida será eliminada y se fijará un límite racional dentro del cual pueda estar detenida una persona. Se llevará a cabo una indagatoria previa a la acción contra la persona conforme a la Ley y el detenido tendrá derecho a asistir a la indagatoria y, si fuese necesario, se le proporcionará un libre asesoramiento gratuito.

HLA AUNG *

* Bachelor of Arts — Bachelor of Laws (Rangoon) — Master of Arts — (Pub. Admin.) (Minnesota) — Legum Doctor — Letrado de la Corte Suprema — Director del Instituto de Derecho de Birmania.

EL PROCEDIMIENTO PENAL EN LOS PAISES DE LA EUROPA ORIENTAL Y LA PROTECCION DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL

I. Principios generales

La legislación de los países socialistas sobre la que versa el presente estudio pertenece a la tradición del sistema jurídico continental. Sus instituciones y procedimiento tienen su origen en el concepto europeo del orden público cuya expresión más cumplida se halla en la expresión alemana del *Rechtsstaat*. Para comprender los principios que presiden la legislación de los países de la Europa oriental, es indispensable compararlos con las reglas y las instituciones jurídicas en vigor en la Europa occidental. Sólo la tradición jurídica continental, con exclusión de todo otro sistema de derecho o filosofía política, puede ofrecer los criterios que nos permitirán situar adecuadamente los sistemas jurídicos socialistas en la historia del derecho europeo.

En el concepto del *Rechtsstaat*, la protección de la libertad individual es una mera cuestión de procedimiento penal. Si examinamos la situación del individuo en otras esferas de la sociedad, llegaremos a la conclusión de que en parte alguna la armonía de los intereses es tan completa, ni las normas legislativas tan adecuadas. Sólo los tribunales, con exclusión de todo otro órgano del poder público, pueden limitar legalmente la libertad de la persona; sólo la violación de las leyes vigentes puede justificar una medida de privación de libertad; el procedimiento penal abarca, pues, el conjunto de los casos en que la libertad ha de sacrificarse al interés superior de la justicia.

Este concepto se advierte muy claramente en el procedimiento que se sigue en la fase de la investigación previa. En esta fase, los distintos códigos de procedimiento penal se inspiran a la vez en dos principios: el de la subordinación de los agentes de la policía judicial al ministerio público, y el de la independencia de los funcionarios judiciales para la apreciación de las pruebas y la calificación de los hechos y en cuanto a las decisiones que han de tomarse en el curso de la investigación, en particular las que afectan a la libertad del sospechoso. El juez de instrucción, institución típica de los

países de la Europa occidental, recibe instrucciones del ministerio público, pero ejerce de manera independiente sus poderes judiciales. En ciertos aspectos está subordinado al ministerio público, que es, por otro lado, parte en el procedimiento de instrucción que sigue.¹

En el procedimiento de instrucción previa, la garantía esencial de que goza el sospechoso es el derecho de hacerse asistir por un abogado. Este derecho no admite ninguna excepción, ni siquiera en el caso de flagrante delito:² cuando el fiscal interroga sobre el terreno a un sospechoso y éste está en compañía de su defensor, sólo puede interrogarle en presencia de este último.³ Si el sospechoso está detenido con carácter preventivo, tiene derecho a comunicar libremente con su abogado, y este derecho sólo puede ser suspendido temporalmente en casos bien determinados, por un espacio de tiempo determinado y por las razones que especifique la ley.⁴ El abogado del acusado participa activamente en el desarrollo del procedimiento.⁵

La primera obligación de la autoridad judicial, en presencia de un individuo sospechoso de haber cometido una infracción, es comunicarle la acusación de que es objeto e informarle acerca de su derecho a hacerse asistir por un defensor.

La investigación previa es un procedimiento discreto y secreto, en bien no sólo de su propia eficacia, sino también para proteger a las personas envueltas en el asunto.⁶ La investigación no es un proceso, y debe evitarse que cause un perjuicio moral a las personas que, pese a estar implicadas en el procedimiento, no son culpables de ningún delito y merecen, pues, que se protejan su honor y buen nombre.

La vigilancia judicial de la investigación, en la medida en que afecta a la libertad individual, es la clave del sistema; sólo ella permite imponer el respeto de la legalidad en todas las fases del procedimiento, en primera y en segunda instancia. Los sistemas continental y anglosajón coinciden respecto a este principio y sólo divergen en cuanto a las modalidades de su aplicación. En el sistema jurídico anglosajón, la garantía del *habeas corpus* es objeto de un procedimiento independiente; en el continental, una garantía análoga forma parte del mecanismo del procedimiento penal y la autoridad judicial ha de pronunciarse a partir del momento en que se ponen en entredicho la libertad individual o uno cualquiera de los derechos de la persona.

Las legislaciones europeas conocen dos formas de investigación

¹ Cfr. los arts. 13, 49 y 224 del Código francés de Procedimiento Criminal.

² *Ibid.*, arts. 56 y 57.

³ *Ibid.*, arts. 70 y 71.

⁴ *Ibid.*, art. 116.

⁵ *Ibid.*, arts. 120 y ss.

⁶ *Ibid.*, art. 58.

preliminar en materia penal. En los casos sencillos y respecto a las infracciones leves, la policía o la administración realizan una encuesta; la autoridad judicial sólo interviene si ha de tomarse una medida de privación de libertad y sólo ella es competente para tomar una medida de esta índole. En los asuntos más complejos o más graves, se abre una investigación judicial a cargo de un juez especializado. En este procedimiento, el ministerio público goza de una situación privilegiada por el hecho de representar los intereses de la colectividad.

II. La influencia del modelo soviético

El sistema soviético de procedimiento penal, que ha sido adoptado por la mayoría de los países de la Europa oriental, sólo ha conservado el aspecto exterior del sistema tradicional de protección de las libertades individuales en las diversas fases de la instrucción en vigor en la Europa occidental. Salvo raras excepciones, los tribunales han sido privados de su función de órgano protector de tales libertades. En la fase de la investigación preliminar, todos los poderes son agrupados en manos del ministerio público: se trata de lo que nosotros llamamos el sistema de la *Prokuratura*. Las disposiciones legislativas en esta materia no figuran, pues, en los códigos de procedimiento penal, y las diversas formas de la investigación sólo se distinguen teniendo en cuenta la naturaleza y la gravedad de los delitos. El sistema jurídico de los países de la Europa occidental establece una diferencia de fondo entre la investigación judicial y la encuesta policíaca, diferencia que se refleja en la autoridad que se atribuye a los testimonios recogidos mediante una u otra en el momento del juicio oral, pero el derecho soviético descarta esta distinción y el conjunto del procedimiento resulta con ello profundamente afectado.

Los códigos de procedimiento penal de la Europa oriental son de elaboración relativamente reciente. Con la excepción del código polaco de 1928, han sido elaborados después de las transformaciones políticas y sociales ocurridas en esos países y se inspiran en el modelo soviético. El mismo código polaco, pese a estar fechado en una época ya pasada, ha sido modificado tan radicalmente que puede decirse con razón que es un texto de inspiración socialista.

Si bien los códigos de los países de la Europa oriental derivan de una ideología común, median entre ellos diferencias considerables. Antes, los códigos de esos países contenían garantías, idénticas casi o equivalentes al *habeas corpus*, contra los actos de privación arbitraria de libertad; hoy día, no concuerdan siquiera sobre los principios básicos. Algunos de esos códigos socialistas atribuyen todavía autoridad a los tribunales para vigilar la legalidad de las

decisiones que ponen en entredicho la libertad individual; otros han adoptado el sistema de la *Prokuratura*, aunque contengan diferencias notables con respecto al modelo soviético.

La primera categoría comprende el código de la República Democrática Alemana de 2 de octubre de 1952⁷ y el código de la República Federal de Yugoslavia de 10 de setiembre de 1953.⁸ La segunda categoría comprende los códigos de las Repúblicas de Albania (de 1953),⁹ de Bulgaria (1953),¹⁰ de Hungría (1951),¹¹ de Polonia (1928),¹² de Rumanía (1956),¹³ y de Checoslovaquia (1950)¹⁴; estos códigos se basan en el modelo soviético; la autoridad judicial queda eliminada o queda reducida a desempeñar meras funciones marginales, y el ministerio público asume plena responsabilidad por hacer respetar las leyes.

De los seis códigos pertenecientes al sistema de la *Prokuratura*, en el que el ministerio público ocupa una posición predominante, el húngaro es el que menos atención presta a la protección de la libertad individual y a los derechos de la defensa en la fase de la investigación preliminar.

No hace distinción, siquiera por razón de la gravedad de los asuntos, entre los que deben ser tramitarse según ciertas formas judiciales y los que pueden ser objeto de acción por parte de la policía. En adelante sólo habrá una clase de procedimiento penal, en el que muchas autoridades colaboran en las actividades de investigación dentro de sus respectivas competencias. Según el artículo 86, las autoridades responsables por el mantenimiento del orden público, a saber, la policía, los servicios de seguridad, el ministerio de Gobernación y el ministerio público, tienen derecho a formar sumario. En esta fase del procedimiento, la función del ministerio público es poco prominente: recibe los recursos contra las medidas tomadas en el curso de la investigación, y en los asuntos más importantes se pronuncia sobre las negativas de informar. Ha de aprobar algunas de las medidas o decisiones de las autoridades que efectúan la investigación. Sin embargo, según el artículo 137, el acto que cierra el procedimiento de investigación (*acto de acusación*) incumbe a la autoridad encargada de la causa.

Todos los demás códigos han mantenido la distinción entre la encuesta a cargo de la policía en los asuntos de poca importancia y

⁷ *Gesetzblatt*, 1952, pág. 997.

⁸ Sl. L. 1953, modificada por la Ley de 26 de diciembre de 1959, Sl. L. 1960/núm. 5.

⁹ *Gazeta Zyrtae*, 30 de marzo de 1953.

¹⁰ *IPNS* (1952), núm. 11.

¹¹ Ley núm. III/1951.

¹² D.U. 1950, 348/364.

¹³ B.O. 1956, núm. 11.

¹⁴ Sb. Z núm. 1, 1953.

la investigación judicial obligatoria en los casos de cierta gravedad. La investigación judicial difiere de la encuesta de policía en el hecho de que han de seguirse formas precisas, la instrucción ha de correr a cargo de funcionarios especializados y el procedimiento está, desde el principio hasta el fin, bajo la vigilancia directa del ministerio público.

Estos códigos definen en términos muy generales las encuestas de policía, pero contienen disposiciones precisas sobre las obligaciones que incumben a las autoridades encargadas de la investigación judicial (véase, en particular, el artículo 114 del código albanés). Algunos autorizan al ministerio público a asumir por cuenta propia la dirección de la investigación a fin de asegurar el respeto de la ley en los asuntos más delicados (código albanés, artículo 113; código búlgaro, artículos 101 y 140; código polaco, artículo 245, y código rumano, artículo 187).

En los procedimientos de esta clase, el ministerio público dispone de un poder de vigilancia muy completo sobre el curso de la investigación y puede ordenar la formación de una causa incluso si la ley no lo exige. Esta vigilancia del ministerio público sobre la instrucción se pone particularmente de manifiesto en el código checoslovaco, en virtud del cual el ministerio público es responsable de todos los procedimientos de investigación judicial, sea cual fuere la naturaleza de las infracciones objeto de examen (artículos 176 y ss.).

En el sistema de la *Prokuratura*, pueden distinguirse tres concepciones de la investigación preliminar. La primera, la que más se ciñe al modelo soviético, limita la intervención del ministerio público a ciertos casos bien especificados: es la del código húngaro. En la segunda, el ministerio público dirige la encuesta de policía, así como las investigaciones judiciales: es la del código polaco después de la revisión de octubre de 1956 (artículo 245, párrafos 14 y 15). La tercera es la del código checoslovaco, en la que el ministerio público reemplaza al juez de instrucción, se encarga por cuenta propia de los asuntos más graves y dirige las encuestas realizadas por la policía.

El código de procedimiento penal de la República Democrática Alemana de 2 de octubre de 1952 se sitúa en una posición intermedia entre el sistema de la *Prokuratura* y el sistema europeo tradicional. Como el código húngaro, sólo se ocupa de la investigación que se realiza en forma judicial, sometida en su conjunto a la dirección del ministerio público (artículos 95 a 101). En cambio, sólo la autoridad judicial puede decretar una medida de detención preventiva (artículos 140 a 156).

El código de procedimiento penal yugoeslavo reviste un interés particular. El primer ensayo realizado por la República de Yugoslavia para elaborar una legislación socialista en materia de procedi-

miento penal dio como resultado, en 1948, una copia servil del modelo soviético.¹⁵ Tras cinco años de experimentar esta legislación socialista, el código yugoeslavo de 1953 tuvo que admitir que ciertos principios fundamentales de derecho eran válidos bajo todo régimen. El código de 1953 distingue dos modos de investigación preliminar: 1) la encuesta de policía, sujeta en principio a la dirección del ministerio público, cuya función como guardián de la legalidad ha sido reducido considerablemente (artículos 136 a 154); incumbe al tribunal vigilar las medidas tomadas por las autoridades encargadas de la encuesta en la medida en que afecten a la libertad individual (artículo 20, párrafo 2, y artículo 153); y 2) la instrucción judicial, que entra en la competencia del tribunal de distrito y corre a cargo del juez de instrucción (artículo 20), ante cuyas decisiones puede recurrirse ante una sala especial compuesta, según la gravedad de la infracción, de tres o cinco magistrados profesionales. En ciertos casos, y con objeto de ganar tiempo, la instrucción puede encomendarse al tribunal cantonal.

Según la concepción primitiva, el código de 1953 tenía por objeto conciliar dos sistemas. La distribución de funciones, inspirada en un deseo de aumentar la eficacia de la administración de justicia, no sólo tendía a acelerar el curso de la encuesta, sino a reservar una categoría completa de causas penales a la dirección exclusiva del ministerio público y de la autoridad administrativa, en particular los agentes del Ministerio de Gobernación. En esta esfera, el ministerio público tenía la dirección de las actividades y podía pedir, cuando lo considerara oportuno, al tribunal cantonal, al juez de instrucción del tribunal de distrito o a la policía, tanto la formación de una causa, como la tramitación de sólo algunos actos de investigación (artículo 141). La Ley de 26 de diciembre de 1959 ha restablecido la unidad en el sistema al autorizar al juez de instrucción del tribunal de distrito a que se encargue, cualquiera que sea la fase en que se halle, del desarrollo de una causa que hubiere sido confiada primitivamente a un tribunal cantonal o a agentes del Ministerio de Gobernación (artículo 160 reformado).

III. Autoridades competentes para decretar medidas de privación de libertad con objeto de mantener el orden público o facilitar la administración de justicia.

Después de la muerte de Stalin, fue suprimido por entero o limitado considerablemente el gran poder que tenían las autoridades administrativas de los países de la Europa oriental para decretar medidas de detención, deportación o internamiento en campos de trabajo. Por regla general, la autoridad administrativa no puede

¹⁵ Sl. L. 1948/97.

tomar por decisión propia ninguna medida de privación de libertad, salvo con objeto de castigar infracciones no graves de ciertos reglamentos de policía; sólo los tribunales pueden decretar medidas de privación de libertad y sólo pueden hacer objeto de tal medida al individuo personalmente acusado de una infracción determinada.

La única excepción de esta norma figura en la Ley búlgara de 10 de enero de 1959 ¹⁶ que modifica la Ley de 1955 sobre la milicia popular.

De conformidad con esta Ley:

“En circunstancias particularmente graves y a reserva del consentimiento escrito del procurador general de la República Popular, el ministro de Gobernación puede tomar las medidas que se relacionan más adelante con respecto:

- 1) a los individuos condenados por haber delinquido contra la República Popular,
- 2) los individuos que, por su actitud antidemocrática, pueden constituir un peligro para el orden social,
- 3) los individuos condenados, tras reincidencia, por delitos contra la propiedad colectiva o privada, por ultraje a las buenas costumbres, por falsificación de documentos o de moneda, por actos de agresión contra los agentes de la autoridad o por robo,
- 4) los individuos que, sin tener domicilio fijo ni medio de vida acreditado, se hallen en estado de vagancia o vivan de la mendicidad y se nieguen a realizar un trabajo socialmente útil;
 - a) confinamiento durante un periodo determinado o sin especificar, y
 - b) confinamiento en su lugar de residencia por un periodo de hasta seis meses y, en lo que se refiere a los vagos y mendigos, durante el tiempo necesario para su readaptación.”

Si bien el poder del ministro de Gobernación parece estar subordinado a la existencia de una condena previa por una infracción determinada, este sistema no tiene ningún rasgo común con las medidas educativas o preventivas que prevén ciertas legislaciones recientes de la Europa occidental. En primer lugar, el sistema no siempre parte de la base de que un tribunal haya pronunciado previamente una sentencia condenatoria. En segundo lugar, puede entenderse también como un método de depuración política. Por último, es muy dudoso que tenga carácter jurídico. En efecto, si la medida se basa en hechos que se revelan en el curso del juicio oral ante el tribunal, se habrá castigado con múltiples penas una sola infracción. Si los hechos sólo se han revelado posteriormente, o bien no constituyen legalmente una infracción y no pueden ser objeto por tanto de una sanción penal o administrativa, o bien constituyen legalmente una infracción y deben ser en tal caso investigados y castigados según las formas judiciales normales.

Las disposiciones de la Ley búlgara de 1956 son actualmente

¹⁶ *IPNS*, 1959, núm. 25.

una excepción; son el vestigio de unas condiciones que eran norma en la época del comunismo estaliniano. La reforma que eliminó estas anomalías no llegó, sin embargo, a derogar la regla que autoriza a la autoridad administrativa a tomar con respecto a un individuo una medida de detención en el curso de una causa penal; si bien la actividad de la policía es vigilada desde más cerca, la influencia del modelo soviético subsiste todavía a este respecto. En definitiva, en lugar de un sistema en el que sólo los tribunales tienen atribuciones para decretar medidas de privación de libertad en el curso de un procedimiento de investigación y en el que la policía y hasta un particular pueden aprehender al sospechoso y ponerle a la disposición del juez competente para que éste decida lo que proceda, nos hallamos ante un sistema complejo, carente de principio rector.

En primer lugar, la autoridad competente para tomar una medida de privación de libertad con objeto de facilitar una buena administración de justicia es distinta según la fase en que se halle el procedimiento. En la fase preliminar, la autoridad responsable de la investigación tiene atribuciones para decretar la prisión o detención preventiva y la legalidad de su decisión puede ser verificada de muchas maneras. Sin embargo, a partir del momento en que el acusado ha sido puesto a disposición del tribunal, sólo éste puede ordenar la ejecución de tales medidas.

El problema se complica con la introducción de la norma de inspiración soviética por la que se prevé un procedimiento particular para cada uno de los casos que pueden dar lugar a la prisión o detención preventiva.

El sospechoso puede ser aprehendido por cualquiera, incluso por un simple particular, en el lugar en que acaba de cometerse una infracción o en el caso en que su presunto autor haya sido capturado por el público tras persecución. En tales casos, la detención no debe durar más de lo necesario para que la autoridad competente tome el asunto a su cargo. El correspondiente código de procedimiento penal determina cuál es la autoridad competente para el trámite siguiente de la audiencia del sospechoso: puede ser un juez,¹⁷ el ministerio público¹⁸ u otra autoridad competente para realizar la investigación.

En algunos códigos de procedimiento penal se exige que el ministerio público confirme las detenciones que efectúa un agente de policía o de otra rama de la administración. El ministerio público decide, sin oír al interesado, sobre la base del expediente; la verificación de la legalidad es de pura forma. La naturaleza y la duración

¹⁷ Art. 153, sec. 1 del Código polaco de Procedimiento criminal; secs. 87 (3) y 152 del Código húngaro; sec. 99 (2) del Código checoslovaco, y art. 182 del Código yugoeslavo.

¹⁸ Art. 89 del Código de la República Democrática Alemana.

¹⁹ Sec. 100 del Código checoslovaco de Procedimiento criminal.

de la detención preventiva dependen, por una parte, de la autoridad que ha tomado la medida, por otra, del modo de investigación (instrucción judicial o encuesta de policía).

Por regla general, la policía no puede detener a un sospechoso por decisión propia sino durante un plazo muy breve. Según el código albanés, este plazo no puede exceder de tres días; puede ser ampliado hasta catorce días, a partir del día de la detención, por exigencias de la encuesta, pero sólo con la autorización del ministerio público. La Ley búlgara autoriza a la policía, comprendidos los agentes de seguridad política y de vigilancia financiera y económica, a detener a un sospechoso durante 48 horas por las necesidades de la encuesta con el consentimiento del ministerio público; a reserva igualmente de la aprobación del ministerio público, este plazo puede prolongarse por dos semanas; si la policía no puede terminar entre tanto su encuesta, el ministerio público puede autorizarla a detener al sospechoso durante otro mes.

En el procedimiento penal húngaro, en el que sólo existe un modo de investigación preliminar, el sospechoso ha de ser oído a las 24 horas contadas a partir del momento en que pasa a la disposición de la autoridad encargada de la encuesta [artículos 89 y 92 (3)]. Tras haberle oído, la autoridad encargada de la encuesta puede pedir al ministerio público que le autorice a prolongar la detención por 48 horas [artículo 99 (1)]. Por orden del ministerio público, la detención puede prolongarse por 72 horas [artículos 89, 92 (3) y 99 (1 y 2)].²⁰

El código de procedimiento penal de la República Democrática Alemana distingue entre la detención *temporal*, que es una medida de urgencia que puede aplicarse en el caso de un sospechoso aprehendido en el lugar donde se ha cometido la infracción o por motivos serios que exigen una acción inmediata, y la detención *preventiva* en el sentido propio (artículos 141 y 152). En principio, no puede efectuarse detención alguna sino por orden del ministerio público (artículo 142). En todo caso, el detenido ha de ser oído dentro de las 24 horas siguientes a su detención (artículo 144).

Según lo dispuesto en el código polaco, el ministerio público reemplaza al juez de instrucción, lo que simplifica mucho las cosas. Un sospechoso sólo puede ser detenido por orden del ministerio público (artículo 151). El detenido aprehendido en el lugar del delito o tras haber sido perseguido ha de ser entregado, dentro de las 48 horas, al ministerio público, que puede decretar su detención (artículos 153 y 156). La duración máxima de la detención depende de la naturaleza de la investigación. Dura tres meses si se trata de una investigación ordinaria y seis meses si se trata de una

²⁰ Código yugoeslavo, artículo 102; código húngaro, artículos 92 (3) y 98 (1); código búlgaro, artículos 89 a 91; código albanés, artículos 107 y 108.

investigación judicial realizada por el ministerio público o por sus agentes. Por otra parte, este límite no tiene valor absoluto; la autoridad superior puede autorizar la prolongación de la detención.

En Rumanía, la situación es aproximadamente la misma. En el curso de una encuesta, la policía puede detener a una persona durante 24 horas y, con la autorización del ministerio público, durante cinco días (artículos 200 y 201). La detención puede prolongarse hasta un mes con la autorización del ministerio público, y hasta dos meses si se ha iniciado una investigación judicial. En caso de investigación judicial, la orden de detención es expedida por el agente investigador del ministerio público. El procurador sólo tiene funciones de inspección; no interviene en el desarrollo del procedimiento de investigación y sólo, una vez se ha decidido efectuar la detención, con el mero objeto de velar por el respeto de la legalidad [artículos 249 (1) y 254].

Según el código checoslovaco, la detención y la prisión provisional de un sospechoso han de ser el resultado, en principio, de una decisión previa de la autoridad judicial tomada a petición del ministerio público (artículo 97), tanto si se trata de una encuesta realizada por la policía como de una investigación judicial a cargo de los agentes del ministerio público. La norma tiene, por otra parte, muchas excepciones. La detención y la prisión preventiva pueden decretarse sin previa decisión judicial cuando el sospechoso ha sido aprehendido en el lugar de comisión del delito o ha sido capturado en el curso de persecución, o también si pesan en contra suya serias presunciones de culpabilidad; si, por ejemplo, se han hallado en su posesión objetos procedentes del lugar del delito (artículo 98). Lo mismo ocurre si hay urgencia para aprehender al sospechoso a fin de entregarlo al juez, o si ha sido aprehendido por un simple particular en el lugar de comisión del delito y es necesario verificar su identidad, impedir su fuga o realizar careos (artículo 98). En todos los casos antes mencionados, el sospechoso ha de comparecer dentro de 48 horas ante el procurador, quien decidirá si procede elevar su detención a prisión (artículos 99 y 101). Sin duda, este poder judicial conferido al procurador pone en entredicho el principio básico. Sin embargo, el menoscabo de este principio abarca una esfera tan extensa que, de hecho, se aplica a los casos más corrientes y así, en la práctica, un sospechoso puede ser aprehendido y detenido sin decisión judicial previa.

En el procedimiento penal yugoeslavo, se distinguen, según la autoridad que decreta la adopción de una medida de privación de libertad, dos casos. 1) Toda persona puede aprehender a un sospechoso en el lugar de comisión de un delito y conducirlo ante el tribunal cantonal, la policía o el juez de instrucción del tribunal de distrito. El tribunal cantonal y la policía sólo pueden guardarlo en custodia durante tres días. Si la realización de la encuesta hace

necesario prolongar la detención, ha de haber decidido en tal sentido el juez del tribunal de instrucción de distrito sobre la base de motivos graves. El tribunal cantonal y la policía sólo pueden guardar en custodia al sospechoso durante 24 horas más con objeto de entregarlo al juez de instrucción del tribunal de distrito (artículos 182 y 188). 2) Si se trata de un delito más grave, la decisión de detener al sospechoso sólo puede tomarla el juez de instrucción dentro del procedimiento de investigación judicial (artículo 190). Por otra parte, el juez de instrucción puede acordar la detención de un sospechoso antes incluso de que se incoe este procedimiento, pero a los tres días ha de recibir del ministerio público una requisitoria en demanda de información; si el procurador no toma estas disposiciones, ha de decretar la liberación del sospechoso (artículo 184). La detención preventiva decretada en el curso de una investigación judicial no puede durar más de tres meses. El tribunal de distrito puede prorrogarla por un mes, el tribunal supremo del Estado por tres meses y el Tribunal Supremo Federal por otros tres meses (artículo 191). Si se trata de una investigación no judicial a cargo del tribunal cantonal o de la policía, la detención preventiva no puede durar más de 21 días, transcurridos los cuales el sospechoso ha de ser o bien liberado, o bien entregado al juez de instrucción del tribunal de distrito, salvo el caso de que se haya iniciado entre tanto una investigación judicial y que el mismo juez de instrucción haya decretado la detención (artículo 188). Una Ley de 26 de diciembre de 1959 ha reforzado todavía más el carácter judicial de la información previa: autoriza al juez de instrucción a que se ocupe en todo momento y por decisión propia de una investigación que haya sido emprendida por la policía o por el tribunal cantonal (artículo 160).

Es posible definir, en sus características generales, el espíritu de los sistemas de procedimiento penal en los países de la Europa oriental. Parten del principio de que los poderes públicos, cualquiera que sea su categoría, son los mandatarios del pueblo, y que es inútil, pues, someterlos a la vigilancia judicial. En el sistema soviético, en el que los servicios del procurador general de la Unión (*Prokuratura*) están situados al frente de la administración judicial y verifican si los poderes públicos respetan la legalidad, hay un comienzo de especialización técnica que asegura en cierta medida la garantía de los derechos individuales. Este sistema parece funcionar de manera satisfactoria en las categorías menos elevadas de la administración, en las que el procurador tiene el apoyo de sus superiores jerárquicos. Sin embargo, es claramente ineficaz si la tendencia a violar la ley procede de arriba; en tal caso, el representante local del ministerio público, que está en principio encargado de hacer respetar la legalidad, no puede resistir a las presiones que se ejercen. En circunstancias de esta índole, es necesario un juez independiente

que sólo reconozca una autoridad: la de la ley. Es bien significativa la evolución que se ha producido en Yugoslavia, en cuyo país la complejidad de un sistema político de tipo federal, al mismo tiempo fuertemente centralizado, y la proliferación de las administraciones públicas ofrecían un terreno favorable a todos los abusos en la esfera local: se ha puesto de manifiesto que convenía utilizar cada vez más los servicios de jueces profesionalmente calificados e independientes.

IV. Motivos que pueden justificar la detención preventiva

Uno de los motivos decisivos para tomar, con respecto a un sospechoso, una medida de privación de libertad es la gravedad del delito cometido y de la pena que lo castiga.

Según el código de procedimiento penal albanés, la detención preventiva es obligatoria si la pena mínima en que se incurre es de cinco años de prisión (artículo 155). El código búlgaro añade a este caso el de todos los delitos cometidos contra la forma política, social o económica del régimen [artículo 92 (a)]²¹. El legislador búlgaro ha ampliado todavía más el alcance de la detención preventiva al autorizar su aplicación "por razones políticas importantes" [artículo 93 (a)].

En la Alemania oriental, el mínimo más allá del cual la detención preventiva es obligatoria es el de dos años de prisión, lo que permite abarcar todos los delitos de cierta gravedad y explica la sencillez con que se enuncia la fórmula. En cambio, en Polonia la autoridad que realiza la investigación puede acordar la detención preventiva si la pena mínima es un año de prisión, pero no tiene la obligación de hacerlo (artículo 152). Por otra parte, el código polaco contiene una disposición general en virtud de la cual la detención preventiva puede decretarse si el delito que se pena amenaza gravemente, por su naturaleza o por su frecuencia, el orden social (artículo 152, párrafo 2). El código de procedimiento penal rumano instituye un sistema bastante complejo, pero animado por el mismo espíritu. La detención preventiva no es nunca obligatoria, pero la autoridad que realiza la investigación puede decretarla en bien del orden y la seguridad públicos, artículo 200 (9).

En el procedimiento penal húngaro, la detención preventiva no es jamás preceptiva, pero el código puntualiza que si el delito pertenece a la categoría de los crímenes contra la República Popu-

²¹ Pertenecen a esta categoría los delitos definidos y penados por las siguientes disposiciones del código penal búlgaro: artículos 70 a 99 (delitos contra la República Popular); 275 (cruce ilegal de la frontera); 276 (negativa a abandonar un país extranjero); 295 a 301 (violación de secretos de Estado) y 341 a 346 (traición por un miembro de las fuerzas armadas).

lar, la duración de la detención puede ampliarse hasta el doble del máximo previsto para los demás delitos [artículos 98 y 99 (3)].

Los códigos checoslovaco y yugoeslavo sólo prevén la detención preceptiva para los delitos graves castigados por penas severas. En la ley checoslovaca, habrá de incurrirse por tal delito en la pena de muerte, de prisión perpetua o, por lo menos, de prisión por diez años (artículo 96). Según la ley yugoeslava, la detención sólo es preceptiva si el delincuente incurre en la pena de muerte (artículos 182 y 190).

Por consiguiente, en la mayoría de los países de la Europa oriental y a reserva sólo de algunas excepciones, la detención preventiva tiene un carácter netamente represivo. En la concepción tradicional, se creía que la gravedad del delito justificaba la detención del acusado porque la importancia de la pena en que incurría podía incitarle a sustraerse a la justicia o a tratar de engañarla. La práctica que se sigue actualmente en la Europa oriental rompe enteramente con este principio y convierte una institución de procedimiento penal en instrumento de represión.

Se advierte el mismo relajamiento de los principios en otros casos en que la ley autoriza la adopción de medidas de privación de libertad para atender a las exigencias de la investigación. Así, pues, se supone que el acusado tratará de fugarse o de sobornar a los testigos. Algunos códigos precisan que la detención está justificada si no puede averiguarse la verdadera identidad del sospechoso y si no tiene domicilio fijo. Según algunos códigos, el hecho de que el sospechoso sea un extranjero o apátrida es un motivo suficiente para detenerle; por otra parte, muchos de estos códigos exigen además que no tenga domicilio o que exista la seria posibilidad de trate de sustraerse a la justicia teniendo en cuenta la gravedad de la pena en que incurre ²² [código alemán, artículo 141; código polaco, artículo 152 (b), y código rumano, artículo 200 (4)]. En definitiva, la detención preventiva puede aplicarse a sospechosos cuya misma personalidad constituya un peligro puesto de manifiesto por su conducta precedente, y a los que no sería conveniente dejar en libertad. A esta categoría pertenecen los reincidentes [código polaco, artículo 152 (a) y código rumano, artículo 200 (6)] y los individuos que, tras haber cometido delitos han cometido otros distintos o son capaces de cometerlos. ²³

En suma, algunas disposiciones de los códigos de procedimiento penal en vigor en los países socialistas de la Europa oriental tienen su origen en dos ideas contradictorias. Por una parte, esos

²² Código de procedimiento penal alemán, artículo 141; código polaco, artículo 152 (b); código rumano, artículo 200 (4).

²³ Código yugoeslavo, artículo 182 (3); código checoslovaco, artículo 96 (a); código húngaro, artículo 97 (d).

textos puntualizan los motivos que pueden justificar una medida de detención o prisión preventiva, en la inteligencia de que tal medida debe inspirarse en el deseo de administrar bien la justicia y no en una ansia de represión. Por otra parte, confieren a las autoridades encargadas de la investigación preliminar un poder casi sin límites para decretar la detención preventiva de un sospechoso y neutralizan así el efecto de las precauciones que se han tomado para formular los motivos que justifican esta medida. Algunas de estas legislaciones fijan tan bajo el límite de la detención preventiva que la detención clásica (véase la enumeración de motivos) sólo se aplica para castigar los delitos de menor importancia.

V. La declaración del procesado.

En principio, la detención preventiva es una medida excepcional, que no debe utilizarse para forzar al procesado a que ayude a los investigadores en la realización de su tarea. Por lo tanto, el procedimiento en vigor en los países de la Europa occidental determina que las autoridades que realizan la investigación habrán de comunicarle inmediatamente al sospechoso su calidad de acusado y notificarle la acusación de que es objeto al recibirse su primera declaración.

Los procedimientos vigentes en la Europa oriental se inspiran aparentemente en el mismo principio. El código albanés impone a las autoridades encargadas de la investigación la obligación de comunicar al acusado la acusación de que es objeto en la primera fase del procedimiento (artículo 133). El código polaco autoriza al sospechoso a que exija la notificación de la acusación (artículo 72). El código búlgaro contiene una disposición análoga (artículo 40).

Sin embargo, está lejos de ser satisfactoria la aplicación de este principio en la encuesta de policía y de la investigación judicial. En primer lugar, la autoridad judicial ya no interviene en la fase de la investigación preliminar, salvo en Yugoslavia y la Alemania oriental. En el sistema tradicional, el acusado comparecía ante un juez que velaba por que se le informara acerca de su situación y sus derechos. En el de la *Prokuratura*, la fiscalización de la legalidad por el ministerio público da lugar a que se suprima la audiencia en el curso de la cual se comunica al procesado el auto de acusación, pues lo más frecuente es que el ministerio haya de aprobar sencillamente la decisión tomada por un funcionario de la policía, sin audiencia previa del interesado, con vistas a la incoación de una investigación o la adopción de una medida de detención.

Las disposiciones legales relativas a la instrucción judicial han tratado de soslayar estas dificultades, al exigir en particular que las autoridades encargadas de la investigación tomen las decisiones

por escrito a partir de la iniciación de la investigación y del procesamiento; habrá de expresarse nominalmente quién es el acusado y cuál es la acusación precisa de que es objeto.²⁴

El código de procedimiento penal de la República Democrática Alemana se aparta de los demás códigos de la Europa oriental en la medida en que contiene normas propias del sistema de la *Prokuratura* y del sistema de fiscalización judicial de la legalidad. A partir del momento en que se ha tomado la decisión de iniciar una investigación, aquella habrá de comunicarse al procesado en cuanto se reciba su primera declaración. Ha de precisar los elementos de hechos y de derecho constitutivos del delito que se atribuye al procesado (artículos 106 a 109 y 112). Por otra parte, el acusado ha de comparecer obligatoriamente ante un juez y éste debe comunicarle la naturaleza de la acusación (artículo 114).

Según el procedimiento yugoeslavo, la acusación ha de comunicarse al procesado en distintas fases del procedimiento. En primer lugar, la decisión por la que se inicia la investigación debe exponer en forma resumida los elementos de hecho y de derecho; ha de remitirse copia al acusado en el momento de su declaración (artículo 158). El código contiene, por otra parte, disposiciones precisas sobre el interrogatorio del procesado después de haber sido entregado al juez (artículos 183 a 185). Tras haber comprobado la identidad del procesado, el juez, antes de realizar el interrogatorio, ha de comunicarle la acusación de que es objeto (artículo 212). Por último, la decisión que concluye el sumario ha de comunicarse al procesado y han de consignarse en ella el auto de procesamiento y una indicación de las acusaciones en que se funda (artículo 253).

VI. Vías de recurso en la fase de la investigación preliminar

La cuestión de las vías de recurso contra las decisiones de las autoridades encargadas de la investigación preliminar tiene una importancia especial en el sistema de la *Prokuratura*. El principio de la apelación se acomoda mal con el principio de la fiscalización ejercida sobre estas autoridades por el ministerio público, cuyos servicios deben velar a la vez por el respeto de la legalidad

²⁴ Código albanés, artículos 117 y 127-128; código búlgaro, artículo 147; código húngaro, artículos 91 (b) y 96; código alemán, artículos 106 a 109 (este código dispone también que se recogerá declaración al acusado, pero sólo mientras está detenido); código rumano, artículos 200, 201, 248 (1) y (6) y 246 (1); código checoslovaco, artículos 93, 100 y 101; según el código polaco, la identidad del procesado y la acusación de que es objeto han de expresarse con precisión (artículo 237), pero puede realizarse el interrogatorio del acusado antes de haberse tomado una decisión que defina la acusación (artículo 153, párr. 3).

y el castigo de los delitos. En este sistema, la apelación ocupa el lugar de esa especie de *habeas corpus* a que equivale, en el procedimiento tradicional, la intervención del juez de instrucción. Ahora bien, en el sistema tradicional, esta garantía es efectiva porque los motivos de la detención son apreciados por el juez y sólo éste puede decretar una medida de detención preventiva; en cambio, en el sistema de la *Prokuratura*, la apelación supone una iniciativa del procesado y éste no siempre tiene conciencia de sus derechos.

Por lo común, se interpone el recurso contra la decisión adoptada por un funcionario de la policía (que puede ser un miembro de la milicia popular, un agente de seguridad o un investigador del ministerio público) ante la autoridad del ministerio público competente en primer lugar; la decisión tomada acerca de ese recurso puede ser objeto de recurso ante la autoridad jerárquicamente superior. Estos recursos se instruyen en forma administrativa y sin ninguna forma judicial; no se celebra juicio público, ni se da una decisión motivada.²⁵

En la Alemania oriental, existen recursos de dos clases. Por regla general, el recurso se interpone ante el ministerio público (artículos 100 y 101). En el caso particular de las decisiones de detención preventiva, y habida cuenta de que este recurso supone una decisión judicial, el recurso se interpone ante la instancia judicial superior. El sistema adolece de un defecto, esto es, que la fiscalización judicial tiene aplicación dentro de un alcance muy reducido. En el sistema tradicional, la detención preventiva puede impugnarse siempre en todas las fases del procedimiento, pero, en el alemán, una vez confirmada la decisión de detención, las autoridades encargadas de la investigación dirigen por completo el procedimiento (artículos 141 a 148).

Contrariamente a la práctica seguida por los demás países de la Europa oriental, Yugoslavia ha abandonado casi por entero el sistema de la *Prokuratura* en materia de investigación preliminar, sobre todo después de la Ley de 26 de diciembre de 1959. Según lo dispuesto en el código de procedimiento penal, todas las decisiones que se tomen en el curso del procedimiento y que puedan ser objeto de recurso han de quedar consignadas por escrito y han de ser comunicadas a las partes, con mención de su derecho a interponer recurso (artículo 112). En los asuntos de poca importancia formados por la policía, el recurso se entabla ante el ministerio público. En el caso de una investigación judicial a cargo del tribunal cantonal o el juez de instrucción, el recurso se plantea ante una sala

²⁵ Código albanés, artículos 203 y 204; código búlgaro, artículos 98, 141 y 157; código húngaro, artículo 136; código polaco, artículos 150, 245, 353 y 356; código rumano, artículos 76 y 264 (7); código checoslovaco, artículos 32 a 36.

especial del tribunal de distrito (artículos 154 y 172). Por último, en materia de detención preventiva, el recurso se interpone siempre ante ese tribunal (artículos 187 a 191).

VII. La detención preventiva y el derecho a ser asistido por un defensor

El derecho del procesado a ser asistido por un defensor en el curso de la investigación preliminar es una de las cuestiones en que más agudo es el conflicto entre los intereses contrapuestos. Si el acusado está en libertad, no hay dificultad, pero si el acusado está detenido este derecho puede sufrir una mengua apreciable. A pesar de que actualmente se aprecia cierta tendencia a autorizar la intervención del defensor a partir de la iniciación del procedimiento, como ocurre en Bélgica, el carácter inquisitorial del procedimiento de instrucción limita su alcance, y las condiciones en que se recoge la declaración de los testigos sustraen buena parte de la investigación a la vigilancia de la defensa, pese a que esta vigilancia es condición previa para su eficacia. La misión fundamental de la defensa es salvaguardar, primero, la libertad del acusado; sus medios de defensa no deben ser utilizados sino en el momento del juicio oral sobre el fondo.

Los procedimientos penales de las Repúblicas Populares se dividen en dos categorías: los que enuncian en términos generales el derecho del acusado a hacerse asistir por un abogado, pero no prevén la aplicación de este derecho en la fase de la investigación²⁶, y los que rodean este derecho, en esta misma fase, de restricciones considerables.

En el procedimiento húngaro, los derechos del abogado varían de una fase a otra del procedimiento. En el curso de la investigación preliminar, sus derechos son muy limitados, pero en el momento del juicio ante el tribunal tiene plena libertad de acción. Según el artículo 52 del código de procedimiento penal, en el curso de la investigación el abogado puede "consultar el expediente en el lugar de la instrucción, siempre que no se demore con ello la marcha de la instrucción". Además, si el acusado está detenido, puede relacionarse libremente con su abogado. Sin embargo, este derecho no es ilimitado, y "si las entrevistas del acusado con su abogado parecen demorar la terminación de la investigación, podrán ser objeto de vigilancia" (artículo 102).

En la Alemania oriental, el código de procedimiento penal reconoce en principio el derecho del acusado a ser asistido por un abogado en todas las fases del procedimiento (artículo 74). Sin embargo, el abogado no tiene muchas posibilidades mientras se

²⁶ Código albanés, artículo 11; código búlgaro, artículo 8.

efectúa la investigación. Puede relacionarse con el acusado, pero sólo en las condiciones autorizadas por el juez (artículo 80).

En el procedimiento polaco, hasta la terminación de la investigación, es decir, hasta que las conclusiones de la investigación han sido comunicadas al acusado, éste no puede relacionarse con su abogado sin previa autorización del ministerio público. Sus entrevistas pueden ser vigiladas por el funcionario de policía encargado del asunto o por el mismo procurador (artículos 76 y 84). El acusado y su abogado no pueden pedir que se les permita asistir a las operaciones de la encuesta realizada por la policía o por el juzgado; sólo pueden asistir con la autorización del funcionario que las realiza (artículo 242). La sola fase en que la presencia del acusado y de su abogado es preceptiva es la audiencia en que se comunican los resultados definitivos de la investigación (artículo 244).

En el procedimiento rumano, los derechos del defensor en el curso de la investigación son enumerados limitativamente (artículo 234). Puede relacionarse libremente con el acusado una vez éste ha sido interrogado por el funcionario encargado de la investigación, a menos que éste no decida detenerle incomunicado por un periodo que puede durar hasta quince días y prolongarse diez días más. El abogado puede asesorar a su cliente en lo que concierne a la detención preventiva, asistirle si se entra o registra su domicilio, y presentar conclusiones sobre el desarrollo de la instrucción (artículos 74 y 76).

En el procedimiento checoslovaco, son muy limitados los derechos del defensor en la fase de la instrucción. Sólo puede relacionarse verbalmente o por escrito con el acusado detenido en las condiciones que fije el funcionario encargado del asunto (artículos 43 y 47).

El procedimiento yugoeslavo distingue entre la encuesta de policía y la investigación judicial. En el curso de la encuesta de policía, el abogado no asiste ni al interrogatorio del acusado, ni a las declaraciones de los testigos. Se hace una excepción con respecto a las declaraciones de los testigos que tal vez no puedan comparecer al juicio oral. Sin embargo, puede invitarse al defensor a que asista al registro del domicilio del acusado (artículo 150). En cambio, en la investigación judicial, estas restricciones no tienen aplicación, y los límites impuestos a los derechos de la defensa se limitan a lo siguiente: podrá negarse al abogado a que tenga conocimiento de ciertas piezas de la investigación del sumario hasta que éste haya quedado concluido, si, de hacerse lo contrario, pudiera entorpecerse el esclarecimiento de la verdad (artículo 72); en principio, puede relacionarse libremente con el acusado, pero bajo ciertas condiciones, y en ciertos casos el funcionario encargado de la investigación puede impedir que se relacione con su cliente durante cierto tiempo.

Bajo estas reservas, el defensor puede efectuar, en el curso de la instrucción preliminar, todos los actos que el acusado podría efectuar por sí mismo (artículos 69 a 73 y 74).

Se desprende del estudio precedente que, en los países de la Europa oriental, los derechos de los acusados han sido considerablemente limitados en la fase de la investigación, tanto si ésta corre a cargo de la policía como de las autoridades judiciales. Se llega así a la conclusión de que la legislación de inspiración socialista señala una regresión de la libertad individual en materia de procedimiento penal. Amplía los poderes de las autoridades encargadas de la investigación y con ello les incita a utilizarlos como medio de represión o de intimidación; debilita, en suma, las garantías normales de la defensa.

KAZIMIERZ GRZYBOWSKI *

Doctor en derecho por la universidad de Lvov; doctor en ciencias jurídicas por la universidad de Harvard.

* El Dr. Grzybowski es uno de los autores de la obra *Government, Law and Courts in the Soviet Union*, sobre la que apareció una recensión en la *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. II, núm. 2, págs. 241 a 252.

LA DETENCION PREVENTIVA EN LA INDIA

En la India, la detención preventiva tiene una larga historia. No me remontaré a la época anterior al régimen británico porque el ejercicio del poder era entonces arbitrario. Sin embargo, incluso después de que el régimen británico hubo establecido un sistema jurídico bien definido, persistió la tensión entre el poder judicial y lo que podríamos llamar el "ejecutivo" (aunque esta expresión no sea exacta, pues no había entonces un poder ejecutivo como lo entendemos actualmente). En cuanto a la detención preventiva, lo capital era que los mandamientos de *habeas corpus* eran desconocidos, salvo en las capitales de las Presidencias de Calcuta, Bombay y Madrás. Por raro que parezca, el documento más remoto que he podido hallar sobre lo que cabría llamar el "*habeas corpus* al revés" es la *East India Company Act* de 1770.

Esta Ley, hecha en Inglaterra por el Parlamento británico, pudo aplicarse en la India debido a las circunstancias siguientes. El Tribunal Supremo de Calcuta había ordenado la detención de ciertas personas. El gobernador general se negó a ejecutar la sentencia, y así surgió un conflicto grave entre ambos. La Ley tenía por objeto sustraer al gobernador general de la jurisdicción del Tribunal en las causas formadas a súbditos no británicos. Por supuesto, las consecuencias fueron favorables para la libertad del individuo al atribuir al gobernador general la facultad de negarse a ejecutar una sentencia de prisión dictada por el Tribunal Supremo; empero, la liberación del preso corría a cargo del poder ejecutivo y no de los tribunales. También se producía el resultado inverso al prohibir que el Tribunal Supremo interviniera cuando el gobernador detenía, por decisión administrativa, a súbditos no británicos.

Sin embargo, la cuestión no había quedado resuelta definitivamente y a este objeto obedeció la promulgación de la *East India Companies Act* de 1773. En su virtud, el gobernador general podía "detener y guardar en custodia" toda persona sospechosa de realizar actos peligrosos para la tranquilidad y la seguridad de las personas y los intereses británicos en la India. Ello no obstante, se reconocieron ya ciertos derechos al detenido. Había que comunicársele en el plazo de cinco días las acusaciones que motivaban su detención y él, por su parte, podía presentar su defensa, pedir la práctica de pruebas e interrogar a los testigos. En caso de denegar la liber-

tad del detenido, el gobernador tenía que transferirlo a Inglaterra para juicio o ponerlo a la disposición de un tribunal indio.

Estas Leyes privaron a los tribunales de una parte de sus facultades tradicionales y, en el asunto *Wahibi*, los tribunales de Bengala tuvieron que reconocer que la autoridad del gobernador general prevalecía sobre cualquier mandamiento judicial que se expidiera.

Posteriormente, en 1812, la *Bengal Regulation* autorizó a las autoridades locales a que "expulsaran a los inmigrantes del extranjero" y a que, en determinados casos, los "depositaran bajo segura custodia".

Poco después, en 1818, la *Bengal State Prisoners' Regulation* autorizó al Gobierno de Bengala a colocar ciertas personas "bajo limitaciones personales con arreglo a un procedimiento distinto del seguido en la esfera judicial". En el preámbulo de la Ley se exponían los motivos:

"Las razones de Estado . . . hacen a veces necesario limitar la libertad de ciertos individuos contra los cuales no existen indicios suficientes para formar causa judicial, o contra los cuales no sería procedente formar causa habida cuenta de la naturaleza del caso, o si tal cosa es inoportuna o inadecuada por otras razones."

Los detenidos no tenían el derecho de *habeas corpus*, pero podían formular observaciones.

Las Presidencias de Madrás y Bombay siguieron este ejemplo y dictaron disposiciones análogas en 1819 y 1827.

En 1850, todo lo dispuesto en esta materia quedó refundido en la *State Prisoners' Act XXXIV*, cuyo ámbito de aplicación comprendía toda la India.

La Ley no experimentó muchos cambios hasta que, en 1914, empezó la primera guerra mundial. Muy poco tiempo después de que se iniciaran las hostilidades, se dictó la Ordenanza que se transformó más tarde en la *Defence of India Act (Criminal Law Amendment)* de 1915. En su virtud, el gobernador general podía, por decisión tomada en Consejo, dictar los decretos necesarios para la seguridad y defensa de la India, con la finalidad de detener a quien violara sus disposiciones. Los detenidos no eran puestos a la disposición de los tribunales ordinarios, sino que eran enjuiciados por "comisarios" especiales, designados por la ley. Las objeciones que podían formularse a ese sistema no eran importantes, salvo en determinado aspecto. Según la Ley, los asuntos habían de ser resueltos por un cuerpo de tres comisarios, de los que dos debían haber ejercido, por lo menos durante dos años, las funciones de juez penal en los *Sessions Courts* y el tercero debía reunir las calificaciones necesarias para desempeñar el cargo de magistrado de tribunal

superior. Por otra parte, debían aplicar, en lo posible, el procedimiento de los tribunales penales ordinarios. Por consiguiente, el detenido era juzgado en condiciones prácticamente idénticas a las de un tribunal ordinario, salvo en lo relativo a la formación de la causa, que se efectuaba más rápidamente. La única diferencia sustancial era la falta del derecho de recurso: la decisión de la Comisión tenía carácter definitivo, incluso si se dictaba la pena de muerte, y no podía ser objeto de revisión alguna por los tribunales ordinarios.

Esta Ley fue derogada poco después de terminada la guerra. Restaurada la normalidad en el país, se restableció el derecho de *habeas corpus* en Calcuta, Madrás y Bombay y un derecho análogo, definido en la Sección 491 del Código de Enjuiciamiento Criminal, para el resto del país.

Luego se produjo la segunda guerra mundial y, con ella, vinieron, en 1939, la Ley y el Reglamento para la Defensa de la India (*Defence of India Act* y *Defence of India Rules*). De tales textos deriva el régimen actual de detención preventiva en la India. Ésta no fue el solo país que estableció un régimen de tal clase. Todos los beligerantes lo hicieron, y nunca se subrayará bastante que ninguna nación puede aceptar riesgos cuando su existencia peligra. Así lo manifestó lord Atkins en la Cámara de los Lores en el asunto *Liversidge v. Anderson* (1942 A.C., pág. 271):

“La libertad del individuo tiene un valor inestimable, pero hay un bien superior al que tal vez deba ser sacrificada en cierta medida por obra de la ley; me refiero a la victoria de la nación en la guerra y a la necesidad de evitar la ruina y la esclavitud.”

Por otra parte, los métodos bélicos han cambiado tan radicalmente que ha desaparecido la distinción tradicional entre la población civil y las fuerzas armadas. Es, pues, indispensable aplicar medidas preventivas a los civiles y a los militares. En realidad, no se trata de saber si, bajo el imperio de la ley, puede aplicarse un régimen de detención preventiva, sino en qué caso está justificado hacerlo y, todavía más importante, de qué manera se ejercen las facultades correspondientes.

En lo que se refiere a la India, la Ley y el Reglamento para la defensa del país eran de un rigor extremo. Quizá convenga explicar primero qué es la detención preventiva. Se caracteriza por los tres factores siguientes: 1) es una medida de *detención* y no de *prisión*; 2) se aplica por decisión del *poder ejecutivo*, sin que ningún tribunal enjuicie o investigue; y 3) tiene por objeto *prevenir* y no castigar. Lord Finlay decía a este respecto en el asunto antes mencionado:

“Teniendo en cuenta su finalidad preventiva, la adopción de medidas de esta clase ha de correr a cargo de las autoridades ejecutivas, que tal vez

deban obrar sobre la base de meros indicios y no puedan presentar en cada caso pruebas que satisficieran a un tribunal de justicia... Ha de aplicarse un criterio subjetivo, basado en el efecto cumulativo de varias actividades desarrolladas, quizá, a lo largo de un espacio de tiempo considerable."

En virtud de la Ley y Reglamento para la Defensa de la India, se autorizó al Gobierno central y a los de las provincias a detener y encarcelar a cualquier persona si consideraban necesario hacerlo para impedir que obrara "de manera perjudicial para la defensa de la India británica, la seguridad pública y el mantenimiento del orden público, dentro del desarrollo eficaz de la guerra". Después de haberseles conferido tales facultades, se autorizó al Gobierno central y a los provinciales a delegar su ejercicio a "todo funcionario o agente". En la práctica, la delegación se hizo en favor de los jueces de distrito y, a veces, de los jueces de subdivisión, pero, en teoría, hubiera podido recibirla un mero agente de policía. Habían de comunicarse los motivos de la detención, pero no se tenía derecho a formular observaciones y nadie – salvo las autoridades – sabía o podía conocer el lugar de detención. Nadie podía entrevistarse con el detenido y éste no podía pedir a un abogado que le asesorara.

Estas disposiciones fueron impugnadas ante los tribunales. En cuanto se refiere a la validez de la Ley y de las atribuciones conferidas por el Reglamento, los tribunales indios siguieron los precedentes sentados en Inglaterra por los tribunales ingleses en relación con las leyes de excepción (análogas a las indias) y declararon fundados los principios que inspiraban la Ley y el Reglamento. Por consiguiente, los tribunales tuvieron que limitarse a interpretar el Reglamento y decidir si había sido violado en cada caso. A su vez, quedaba planteada la cuestión fundamental de si los tribunales tenían las atribuciones necesarias para actuar de este modo. El único procedimiento que los tribunales podían utilizar para ocuparse de un caso de esta índole era el de expedir un mandamiento de *habeas corpus* o un mandamiento equivalente en virtud de la Sección 491 del Código de Enjuiciamiento Criminal. El Gobierno, por su parte, ponía empeño en afirmar que, si bien la Ley no había abrogado expresamente tales atribuciones, la evidencia en tal sentido era clara.

El Tribunal Superior de Nagpur se negó a aceptar la tesis del Gobierno en el asunto *P. K. Tare v. Emp.* (I.L.R. 1943 Nagpur 154) y declaró que:

"derechos tan fundamentales, garantizados por la Constitución con precisión y cuidado extremos, y confirmados una y otra vez por los más altos tribunales del Reino en términos categóricos no pueden ser abolidos implícitamente, ni por disposiciones redactadas con la mayor vaguedad."

El Tribunal declaró, pues, que:

“los derechos que confiere la Sección subsisten y subsistirán mientras tal Sección no haya sido derogada expresamente o por implicación necesaria, o mientras tales derechos no hayan sido abolidos expresamente.”

La respuesta del Gobierno fue promulgar, en 1944, una Ordenanza por la que se abolieron expresamente tales derechos, pero, hasta la adopción de tal medida, siguieron planteados los demás problemas de que debían ocuparse los tribunales. Debía decidirse primero si los tribunales podían investigar los motivos que *consideraba* suficientes la autoridad que decretaba la detención. También en este caso se tuvieron presentes los precedentes sentados en Inglaterra y se decidió que los tribunales no podían investigar: los criterios eran subjetivos. Sin embargo, el Tribunal Superior de Nagpur consideró que, si bien las autoridades judiciales no podían investigar los motivos en que se basaba la medida adoptada, sí podían determinar si ésta estaba fundamentada y si la orden de detención se había hecho de buena fe. Consideró además que la detención debía estar motivada en cada caso y que, de dictarse una orden para la detención de todas las personas pertenecientes a una clase determinada que no se refiriera a un particular concreto, la orden era nula y sin valor. Otros tribunales superiores indios decidieron en este sentido y así lo hizo más tarde el Tribunal Federal en el asunto *Emp. v. Shibnath Banerjee* (1943 FC 75).

No por ello quedó resuelta la cuestión. En efecto, un detenido dirigió al Tribunal Superior de Nagpur una solicitud de liberación, que el director de la prisión no hizo llegar a su destino. Tan pronto como tuvo noticia del hecho, el Tribunal enjuició al inspector general de Prisiones y al director de la prisión; ambos resultaron convictos. Tampoco se resolvieron así todos los problemas. Había sido confirmado el derecho de todo detenido a dirigirse a los tribunales, pero las autoridades se negaron a autorizar su comparecencia en juicio para defenderse, o a que se asesorara con un abogado; ningún abogado podía entrevistarse con él. Los Tribunales Superiores de Nagpur y Bombay condenaron con energía esta actitud. En una sentencia, el Tribunal de Nagpur decía:

“Mientras no se derogue el derecho de petición, el poder ejecutivo no puede anular arbitrariamente su ejercicio, ni reducir los actos de este Tribunal a una parodia de la justicia. A mi juicio, esto es lo que ocurre si aceptamos que el detenido no puede comparecer personalmente, ni puede dar instrucciones a quien puede y quiere comparecer, ni puede recibir siquiera el debido y adecuado asesoramiento por abogado... Mientras este Tribunal funcione, los jueces que lo componen cuidarán de que su autoridad no sufra perjuicio o quede paralizada por órdenes tales como la que nos ocupa.”

El Tribunal Superior de Nagpur subrayó además que había diferencias entre las leyes de excepción inglesas e indias. En el Reino Unido, las garantías eran múltiples:

- 1) En Inglaterra, incumbía personalmente a un secretario de Estado apreciar lo fundado de los motivos; en la India ello incumbía a un funcionario subordinado.
- 2) El secretario de Estado era responsable de sus actos ante el Parlamento; no era éste el caso de los muchos funcionarios de pequeña categoría que, en la India, podían – y decidían – ordenar detenciones.
- 3) En Inglaterra, funcionaban comités asesores, a cuyo presidente incumbía la obligación de comunicar al reclamante los motivos en que se basaba la orden de detención y también facilitarle los datos que bastaran, en opinión del presidente, para que el detenido pudiera defenderse. En la India, no funcionaban comités asesores; el detenido no tenía derecho a reclamar, no era informado acerca de los motivos de la medida de que era objeto, ni recibía comunicación circunstanciada alguna.
- 4) En Inglaterra, el detenido podía aconsejarse con un abogado; en la India, no se reconocía tal derecho.
- 5) Un hecho prevalecía por encima de todo, y a él aludió el Tribunal de Nagpur al citar lo que dijo lord Wright en el asunto *Liversidge v. Anderson* (1941 3 E.R. 338):

“Si el país considera ultrajante el sistema o la práctica de las órdenes de detención o un acto concreto de detención, tendrá la posibilidad de hacerse oír por medio de la prensa o el Parlamento y atajar así los abusos; el Parlamento puede modificar las disposiciones en cualquier momento.”

El Tribunal de Nagpur añadía lo siguiente:

“Estas consideraciones no son aplicables en este país. Es más, tengo entendido que las personas que se nos han dirigido fueron detenidas porque habían tenido la osadía de ejercer el derecho de protesta que los lores judiciales ingleses consideran como última salvaguardia.”

Era necesario recordar estos antecedentes porque han ejercido una influencia importante sobre la garantía que se consignó en su día en la Constitución india.

El poder ejecutivo utilizó con amplitud las atribuciones a su alcance. En 1940, unas 25.000 personas fueron detenidas en relación con la campaña de desobediencia civil. Dos años más tarde, en agosto de 1942, y en el curso de tres o cuatro días, fueron detenidas unas 26.000 personas, entre las que figuraban casi todos los principales dirigentes del Partido del Congreso, comprendidos el actual primer ministro de la India y el mahatma Gandhi.

Terminada la guerra, el régimen de detención preventiva permaneció en vigor, y lo seguía estando al proclamarse la independencia de la India. Cuando se reunió la Asamblea Constituyente, ésta hubo de abordar, al comienzo de sus tareas, la cuestión de mantener o no el régimen de detención preventiva. Tras discusiones apasionadas, se decidió que en el capítulo de la Constitución relativo a los derechos fundamentales figurarían ciertas disposiciones sobre la materia. Esta solución ha sido objeto de muchas críticas, pero es evidente que ninguna nación puede hacer la guerra; ni superar una crisis extrema, si no dispone de poderes de excepción. Lo mejor es aceptar los hechos, tomar disposiciones claras y precisas y, al mismo tiempo, fijar para su ejercicio límites razonables. Muchos de los que redactaron las disposiciones acababan de salir de la cárcel, de la que guardaban un recuerdo vivo, pero no amargo. El sistema adoptado puede resumirse de la manera siguiente.

La detención preventiva no tendrá el carácter de institución permanente; incumbirá al pueblo decidir, por conducto de sus representantes en el Parlamento, cuándo y por cuánto tiempo podrá un gobierno recurrir al sistema. En consecuencia, las disposiciones siguientes se inscribieron en el artículo 22 (párrafos 4, 5 y 6) de la Constitución.

- 1) Nadie podrá ser detenido preventivamente, salvo en virtud de una ley expresa al efecto, aprobada por el Parlamento de la Unión o por el Parlamento de un Estado constitutivo.
- 2) En caso de detención en virtud de una ley de esta clase, habrán de comunicarse al detenido "lo antes posible" los motivos en que se base la medida.
- 3) Ha de darse "cuanto antes" al detenido la posibilidad de formular objeciones.
- 4) La duración máxima de la detención será de tres meses, a menos que, antes de transcurrir dicho periodo, el comité asesor manifieste que, a su juicio, procede mantener la detención.
- 5) El comité asesor se compondrá de personas "que son, han sido, o reúnen las condiciones necesarias para ser magistrados de Tribunal Superior".

Por su parte, el Parlamento puede fijar:

- a) las circunstancias o las condiciones en que una persona podrá ser detenida durante más de tres meses sin oír el dictamen del comité asesor;
- b) la duración máxima del periodo de detención que podrá aplicarse a una persona, en cada caso o categoría de casos.

Por consiguiente, en el momento en que la Constitución entró en vigor, nadie pudo ser detenido durante más de 24 horas, pues no había ninguna ley federal, ni estatal, que autorizara la detención

preventiva. Muchos de los detenidos en 26 de enero de 1950 fueron, pues, liberados por orden de los tribunales.

El Gobierno de la India consideró necesario mantener el régimen de detención preventiva y, en 1950, presentó al Parlamento un proyecto de ley al efecto.

El proyecto, que fue ásperamente criticado, resultó en definitiva aprobado. El sardar Vallabhai Patel lo defendió en los siguientes términos:

“Casi todos los detenidos son comunistas. Pero no queremos castigar el hecho de ser comunista o de creer en la doctrina comunista; queremos reprimir a los que se esfuerzan abiertamente por producir disturbios y desórdenes, por violar el secreto de la correspondencia, por difundir la deslealtad y por impedir el funcionamiento normal del gobierno dentro de la legalidad. Claro está, no podemos hacer frente a estas amenazas mediante las leyes ordinarias... La ley penal se aplica a los que infringen y violan las normas de convivencia, pero, cuando se pretende minar las bases mismas de la ley y crear un estado de cosas en el que, como dijo el padre de nuestro primer ministro, “los hombres dejan de ser hombres y la ley deja de ser ley”, consideramos justificado aplicar leyes de excepción, leyes extraordinarias... Hay además elementos antisociales que empiezan a manifestarse... Estoy de acuerdo en que las libertades civiles deben ser respetadas, y las respeto. No acepto, sin embargo, que el criminal pueda libremente cometer actos de violencia que afecten a personas inocentes, descarrilar y volar trenes y asesinar a los viajeros, entorpecer las comunicaciones, incendiar bienes públicos, agredir y asesinar a los oficiales de prisiones, agredir a la policía...”

Para comprender los antecedentes de lo expuesto, hay que tener en cuenta las condiciones existentes en la India en el momento de proclamarse la independencia. Casi todos los dirigentes políticos acababan de salir de la cárcel, en la que habían permanecido a lo largo de todos, o casi todos, los diez o doce años precedentes. Jamás habían tenido la posibilidad de adquirir experiencia desde el gobierno o desde la oposición, ni siquiera para mantenerse al corriente de los acontecimientos. Por lo tanto, cuando de repente hubieron de hacerse cargo del gobierno del país, no sólo carecían de experiencia administrativa, sino que recibieron como legado un país al borde del caos. El país acababa de ser dividido, y fue necesario reorganizar un sistema económico que hasta entonces había funcionado como unidad indivisa y compacta. El sistema nervioso del país (ferrocarriles, carreteras y telégrafos), cuyas conexiones estaban situadas en lugares estratégicos, hubo de ser reestructurado de la manera más radical: cambiar las conexiones, establecer nuevos enlaces, etc. La afluencia de refugiados cobró proporciones desconocidas en Europa, incluso en los peores momentos; dentro de la India, millones de personas abandonaron sus hogares y se establecieron en otra región. La guerra había tenido también como secuela

el aflujo hacia Assam y Bengala de hordas sin ley, sin hogar y sin esperanza. Y para coronamiento final, los agitadores comunistas, decididos a subvertir el orden público por la violencia, perturbaban el funcionamiento de los servicios públicos esenciales, tales como los ferrocarriles, los telégrafos, el correo y la policía, y trataban de difundir en el seno del Ejército ideas corrosivas. En algunas regiones aisladas, los testigos que debían declarar en ciertas clases de asuntos eran amenazados o asesinados y los tribunales no podían funcionar normalmente. El nuevo Gobierno de la India decidió, en vista de los riesgos de la situación, que el país necesitaba un periodo de estabilidad antes de poder seguir adelante. Por consiguiente, *con el consentimiento del pueblo, expresado por conducto de sus representantes en el Parlamento federal y en las asambleas legislativas de los Estados*, el Gobierno elaboró, mediante procedimientos democráticos, las disposiciones vigentes en materia de detención preventiva. *El pueblo puede derogarlas en cualquier momento por simple mayoría de votos en el Parlamento.*

La Ley sobre la detención preventiva, aprobada el 25 de febrero de 1950, se denomina la *Preventive Detention Act, 1951*. Recoge todas las garantías previstas en el artículo 22 (4) de la Constitución india y, en principio, debía permanecer en vigor durante dos años.

La Ley tiene por objeto impedir:

“todo acto perjudicial

- 1) para la defensa y la seguridad de la India y para sus relaciones con el exterior;
- 2) para la seguridad del Estado o el mantenimiento del orden público;
- 3) para la obtención de los aprovisionamientos o el funcionamiento de los servicios indispensables a la colectividad.”

Según la Ley, si el Gobierno central o el de un Estado consideran probable que una persona ponga en peligro una o más de las funciones públicas expuestas, tal persona podrá ser detenida preventivamente.

Las atribuciones administrativas en materia de apreciación han sido objeto de detenido examen judicial. El Tribunal Supremo de la India, siguiendo la opinión mayoritaria en el asunto *Liversidge v. Anderson* antes mencionado, aceptó que los criterios han de ser subjetivos y que los tribunales no pueden investigar si la medida es razonable. Muchos hubiesen preferido que se hubiera aceptado la opinión disidente que lord Atkins expuso con tanto vigor y lucidez.

La validez de la Ley fue impugnada ante el Tribunal Supremo, pero el recurso fue desechado y la validez de la Ley quedó confirmada en el asunto *S. Krishna and others v. State of Madras* (1951 S.C.R. 621).

La Ley adolecía de un grave defecto. Como se disponía tam-

bién en el reglamento vigente antes de la independencia, el detenido no tenía derecho a comparecer ante el comité asesor, ni a hacerse representar por abogado, pero este defecto fue subsanado el año siguiente mediante la introducción de una reforma.

Según el artículo 22 (7) (b) de la Constitución, el Parlamento puede fijar el periodo máximo de detención. En la *Preventive Detention Act* no se fija ningún máximo. Este silencio legislativo fue criticado ante el Tribunal Supremo por violar un derecho fundamental, pero el Tribunal decidió, por mayoría de cuatro a uno, que el artículo correspondiente de la Constitución tiene carácter facultativo y no obligatorio y que, por consiguiente, no era necesario fijar la duración del periodo máximo.

La Ley debía quedar sin efecto en 1952, pero fue prorrogada por dos años. Transcurridos éstos, el Gobierno propuso en el Parlamento otra prórroga de tres años, hasta fines de 1957. Esta propuesta halló fuerte oposición y se produjeron tumultos en la Cámara del Pueblo. El ministro de Gobernación dijo, en defensa de la posición oficial, que la Ley había sido aplicada en contadas ocasiones y que, en muchos Estados, no lo había sido en absoluto. Facilitó las cifras siguientes para probar su afirmación:

“En 1950, año en que la Ley entró en vigor, el número de detenidos era de 10.962. En setiembre de 1953, había descendido a 154 y, en setiembre de 1954, a sólo 131. En 1953/1954, habían sido detenidas de 260 a 290 personas, todas las cuales – salvo 131 – habían sido liberadas. De ellas, 15 habían sido liberadas por orden judicial.”

Según el ministro, 104 personas habían sido detenidas por “actos de violencia”; las demás por “incitar a la huelga y algunas por espionaje”. Añadió que “nadie había sido detenido por manifestar sus ideas políticas”. Admitió, sin embargo, que de las 280 personas detenidos 109 eran políticos; su detención no se debía a sus opiniones políticas, sino a su participación en actividades subversivas de la índole mencionada.

Se ha dicho que la Ley ha sido utilizada para silenciar a adversarios políticos, y así se ha afirmado en algunas de las peticiones de *habeas corpus* presentadas al Tribunal Supremo. Estas personas fueron liberadas antes de que los tribunales pudieran ocuparse de los asuntos y, por tanto, las afirmaciones no fueron verificadas. Huelga decir que, de probarse que tal era el móvil de la detención, el tribunal habría ordenado la liberación inmediata del detenido.

La población de la India es de unos 400 millones de habitantes. Los 131 detenidos eran, pues, el 0,0003 por ciento de la población. Sea lo que fuere, la argumentación del ministro prevaleció y la Ley fue prorrogada hasta fines de 1957.

Inmediatamente antes de esa fecha, el Gobierno pidió de nuevo

una prórroga de tres años, hasta fines de 1960. El número de detenidos era, entonces, de 205. Se reprodujo la fuerte oposición, pero el Gobierno consiguió lo que se proponía. En 30 de junio de 1960, el número de detenidos era de 94. Ese es el estado actual de la cuestión.

Entre tanto, la Ley ha sido minuciosamente analizada por los tribunales y, en una paciente labor definidora, se ha fijado el alcance de la detención preventiva en la India. He ahí los resultados:

- 1) El detenido habrá de ser examinado por un juez dentro de las 24 horas siguientes a su detención (*Gunapati Keshavran v. Nafisul*, 1954 S.C. 636).
- 2) Los tribunales pueden apreciar los motivos comunicados al detenido (*Shibban Lal v. State of Uttar Pradesh*, 1954 S.C. 179).
- 3) De alegarse motivos vagos, la detención será nula (*Shibban Lal v. State of Uttar Pradesh*, 1954. S.C. 179).
- 4) Ha de cumplirse rigurosamente el artículo 22 de la Constitución (véanse las dos sentencias ya mencionadas y *Dharam Singh v. State of Punjab*).
- 5) Los tribunales no pueden apreciar los criterios subjetivos aplicados por la autoridad que efectúa la detención (*Gopalan v. State of Madras*, 1950 S.C.R. 88).
- 6) En cambio, los tribunales pueden decidir si la detención constituye una violación de los derechos fundamentales (*Lawrence D' Souza v. State of Bombay*, 1956 S.C. 531).

De los asuntos de esta clase que han sido presentados a los tribunales, se desprende lo siguiente:

- 1) Los gobiernos tienen una tendencia natural, quizá comprensible, a utilizar sus atribuciones hasta el máximo, lo que tiene a veces por resultado, no sólo que rebasen los límites que las definen, sino también que se esfuercen por superar las restricciones que consideran perjudiciales.
- 2) Los tribunales deben cuidar con particular celo de vigilar con constancia estas tendencias y de atajarlas con energía si llegan a constituir un abuso.

Bastará hacer referencia a dos ejemplos para ilustrar lo que antecede. En el asunto *Gopalan* (1950 S.C.R. 88), el detenido fue liberado por orden del tribunal porque en la orden de detención no se había especificado qué duración tendría la medida. La decisión se tomó a las 11,50 de la mañana; cinco minutos más tarde, Gopalan era detenido en el momento en que salía del edificio del tribunal. Presentó una segunda petición de *habeas corpus*, que prosperó habida cuenta de que la nueva orden de detención tenía por objeto

dejar sin efecto una decisión judicial y no era, por consiguiente, el resultado de ejercer facultades gubernativas de conformidad con sus fines. Gopalan fue liberado otra vez, y el Tribunal Supremo confirmó esta decisión.

El segundo asunto es el de *Kumaramangalam*. La persona así llamada fue detenida en Bombay el 24 de junio de 1960. El 27 de junio pidió que se le comunicaran los motivos de su detención, sin conseguirlo. El 5 de julio el Gobierno de Bombay comunicó por telegrama al de Madrás que no había elementos suficientes para justificar la detención en Bombay y propuso al Gobierno de Madrás que aceptara hacerse cargo del detenido; las autoridades de Madrás aceptaron. El 7 de julio Kumaramangalam presentó una petición de *habeas corpus* al Tribunal Superior de Bombay y, al día siguiente, su esposa comunicó a la policía de Bombay que la petición había sido presentada. La policía no respondió y, el mismo día, transfirió el detenido a Madrás. Entonces se presentó una petición de *habeas corpus* al Tribunal Superior de Madrás, que decretó la liberación del detenido. Éste fue liberado y detenido de nuevo, al salir de la cárcel, en virtud de una nueva orden de detención. Presentó una tercera petición de *habeas corpus*, dirigida al Tribunal Superior de Madrás, que decretó de nuevo su liberación. Luego, no volvió a ser detenido.

Es importante hacer notar que las dos personas mencionadas eran comunistas prominentes y que los tribunales indios no permitieron que este factor influyera en su perjuicio. Los tribunales administraron justicia "sin temor y sin parcialidad, sin prejuicio favorable o desfavorable" e hicieron prevalecer la Constitución y las leyes.

Las conclusiones a que llegamos acerca de la detención preventiva pueden resumirse de la manera siguiente:

- 1) La detención preventiva, considerada en sí misma, no está reñida con el imperio de la ley. A nuestro juicio, el imperio de la ley no es un ideal utópico acerca de lo que debe existir en una sociedad perfecta, sino que constituye cuanto las naciones civilizadas aceptan como necesidades prácticas para existir en el estado actual del mundo.
- 2) El imperio de la ley ha de regular la manera en que se aplica el régimen de detención preventiva y las condiciones que regulan su ejercicio.
- 3) Las atribuciones correspondientes habrán de ser conferidas por disposición constitucional o por disposición legislativa concreta.

- 4) La ley ha de fijar con claridad y precisión los límites de su ejercicio.
- 5) Habrán de establecerse ciertas mínimas.
- 6) Habrá de preverse la posibilidad de interponer recurso ante una autoridad independiente, que no habrá de ser necesariamente la judicial.
- 7) Los tribunales han de poder examinar si las autoridades gubernativas no han abusado de sus atribuciones y, en consecuencia, han de poder decretar la liberación inmediata del detenido en tal caso.
- 8) Por encima de todo, las atribuciones en materia de detención preventiva han de estar sujetas en todo momento al examen y fiscalización por parte de los ciudadanos, por medio de sus representantes en el Parlamento libremente elegido o en cualquier otro órgano igualmente representativo.

VIVIAN BOSE *

* Ex magistrado del Tribunal Supremo de la India. Presidente de la Comisión Internacional de Juristas.

EL PRIMER SISTEMA LEGISLATIVO JAPONES DE ARRESTO GUBERNATIVO

I. Primeros proyectos de legislación en materia de arresto gubernativo

En cierto tiempo la adopción del arresto gubernativo como una de las "Sicherungsmassnahme" o medidas de seguridad fué áasperamente discutida en el Japón. Había dos tendencias opuestas. Una de ellas encabezada por un excelente penalista, y por sus discípulos, el cual afirmaba que la condena de duración indeterminada, dentro de unos períodos máximos y mínimos de detención, es más eficaz que el arresto gubernativo para el mantenimiento del orden y la reeducación de los delincuentes habituales. Aparentemente, en aquel tiempo por lo menos, esta opinión fué discutida. Sin embargo, se propuso en varias ocasiones enmendar el Código Penal y la Ley para el mantenimiento de la paz pública. El anteproyecto de reforma del Código Penal de 1927 introdujo por vez primera el arresto gubernativo así como medidas de protección y curación de alcohólicos, y el trabajo en prisión. Posteriormente, en 1934, el Gobierno presentó un proyecto de ley para reformar la Ley para el mantenimiento de la Paz pública en el artículo 26 de la cual se disponía el arresto gubernativo. La fuerte oposición encontrada en la Dieta impidió la aprobación de este proyecto de ley. Se disponía en el mismo que cualquier individuo que fuera considerado como delincuente habitual incurriría en arresto gubernativo de dos años para que se reformase. Sin embargo, un "delincuente habitual" en la opinión de la mayoría era considerado como un delincuente inveterado y casi imposible de reformar. La opinión contraria al proyecto mantenía que era un contrasentido el intentar reformar a tales "delincuentes habituales" solamente en un período de dos años, y que en lugar del arresto gubernativo convenía establecer un sistema de sentencias indeterminadas. El proyecto de reforma del Código Penal de 1940 también disponía los mismos cuatro tipos de medidas, incluso el arresto gubernativo tal como lo disponía el proyecto de 1927. El arresto gubernativo según el proyecto de 1940 se tendría que aplicar a la persona que fuese a ser liberada después de haber cumplido una condena de prisión a trabajos forzados siempre que hubiera serios temores de que una vez en libertad fuera a cometer nuevos delitos de incendio, homicidio o robo. Hay que tener en cuenta el hecho de que mientras en los países occidentales

el arresto gubernativo se impone ordinariamente a los delincuentes habituales en general, las medidas propuestas en este proyecto solo se aplicaban a ciertos tipos de delitos de carácter más grave tales como incendio, homicidio o robo. Este proyecto tampoco fué aprobado.

Mientras tanto, la Segunda Guerra Mundial estalló, y se vino a considerar como muy importante para la defensa nacional del Japón el tomar las medidas adecuadas contra los que fueren presuntos delincuentes habituales (de hecho, y en casi todos los casos, la ley se aplicó principalmente a los comunistas). Teniendo en cuenta esta idea, se presentó a la Dieta y fué aprobado por la misma en 1941 un proyecto de ley que reformaba la Ley para el mantenimiento de la Paz pública. Este proyecto contenía varias disposiciones muy precisas referentes a los "delincuentes habituales" y establecía para los mismos el arresto preventivo o gubernativo.

Este sistema de arresto gubernativo ordenado por dicha ley rigió solo unos cuatro años. No porque el sistema fuera considerado inadecuado o ineficaz sino porque la calificación legal de la presunción de delincuencia fué completamente abolida después de la Segunda Guerra Mundial. El memorandum del Cuartel General de las Fuerzas Aliadas de ocupación en el Japón de fecha 4 de Octubre de 1945 sugería la derogación de la Ley para el mantenimiento de la Paz pública y así se hizo.

II. El sistema de arresto gubernativo de la Ley para el mantenimiento de la Paz pública

He aquí brevemente descrito en qué consistía el sistema de arresto gubernativo o "detención preventiva" tal como se estableció por la Ley para el mantenimiento de la Paz pública. La Ley constaba de tres capítulos. Veintisiete artículos del Capítulo II contenían detalladas disposiciones sobre el arresto gubernativo. En líneas generales, según la ley, cuando una persona habiendo completado el cumplimiento de una condena impuesta en castigo de cualquiera de los delitos enumerados en la misma ley y existiendo fundados temores de que al ser liberada fuera a cometer el mismo delito, el tribunal dispondría el arresto gubernativo de dicha persona.

Diecisiete artículos del Capítulo I de la Ley contenían detalladas disposiciones sobre los delitos especiales. Los delitos, sin embargo, pueden ser calificados de "delitos presuntos", lo cual de hecho significaba actividades comunistas. No era necesario que el acusado fuera un delincuente habitual, ni que hubiera sido condenado repetidas veces, si el delito por él cometido era uno de los previstos por la Ley. Se disponía que el acusado fuera liberado, de no ser detenido según el procedimiento de arresto gubernativo,

después de haber cumplido la pena correspondiente al delito por el cual había sido primeramente condenado. Por otra parte, las personas en situación de libertad condicional o en régimen de remisión condicional de la pena no quedaban sometidas a las medidas de arresto gubernativo. Además se necesitaba que hubiera motivos suficientes para creer que el acusado fuera a reincidir. La conveniencia de la adopción de tal medida era dejada al juicio del Tribunal.

Las personas en situación de arresto gubernativo eran internadas en un "Instituto de Detención Preventiva" y separado de las prisiones clásicas. Uno de estos institutos estaba en Tokio y otro en Corea. El detenido estaba autorizado a recibir y enviar correo cerrado y cualquier clase de objetos, sometido solamente a ciertas limitaciones legales o de los reglamentos. Para su reforma se le proporcionaba trabajo, cursos de perfeccionamiento y formación cultural.

La duración máxima de la detención por arresto gubernativo era de dos años, cualquiera que fuese la clase de "delito presunto" que lo había causado. Sin embargo, y si se consideraba que existían razones particulares que justificasen la continuación de la detención, el Tribunal podía renovar el período de la sentencia. No se limitaba el número de veces que se podía renovar la sentencia. Por otra parte, si durante el período de cumplimiento resultaba no ser ya necesario el mantenimiento en prisión del delincuente, podía decretarse administrativamente su excarcelación. Esta decisión era dejada a la competencia del Director del "Instituto de Detención Preventiva".

Se ordenaba en las disposiciones procesales que la petición de arresto gubernativo tenía que ser hecha por el Ministerio Público del Tribunal del Distrito que tenía jurisdicción sobre el acusado. El Tribunal del Distrito, después de haber oído la declaración del acusado, dictaba auto o sentencia, accediendo o denegando la petición del Ministerio Público en su caso. A este fin, el Tribunal ordenaba la comparecencia del acusado. Si éste se fugaba o se negaba a declarar, el Tribunal podía dictar el fallo sin haber oído su declaración. Cuando la petición hubiera sido hecha con anterioridad a la expiración del plazo de cumplimiento de la pena, el Tribunal podía, incluso después de haber cumplido la misma, dictar auto disponiendo el arresto gubernativo del reo. A fin de aclarar los hechos, el Tribunal podía hacer comparecer a todos los testigos y expertos en situación de dar detalles o pruebas útiles así como solicitar de la administración los informes necesarios en relación al caso. Solo el Ministerio Público y el "asesor" del acusado tenían derecho a participar en los debates, ambos podían manifestar sus observaciones y presentar sus pruebas al Tribunal.

El proceso se celebraba a puerta cerrada puesto que las opiniones que tenía que defender el acusado se consideraban como subversivas. Con la autorización del Tribunal, el asesor del acusado podía ser un pariente suyo, pues se consideraba que el procedimiento era tan sencillo y no debiendo presentar ninguna cuestión jurídica extraordinariamente difícil que se podía excluir del proceso a los abogados en ejercicio. Contra el auto del Tribunal negando el arresto gubernativo se preveía la apelación ante un Tribunal superior por el Ministerio Público, así como la del acusado y de su "asesor" contra el fallo de arresto gubernativo. Por último hay que señalar una disposición que instituía un Comité de Arresto Gubernativo. El Comité estaba constituido por un Presidente y seis miembros designados por el Ministerio de Justicia, quién los escogía entre los miembros de la Magistratura y de otras profesiones liberales y de responsabilidad. La comisión emitía su dictamen sobre toda petición de arresto gubernativo, renovación del plazo de la sentencia y liberación o suspensión de la misma antes de su expiración. El arresto gubernativo se aplicaba a personas que ya habían cumplido las penas que les habían sido impuestas. Por lo tanto, era lógico que la preocupación por el respeto a los derechos humanos fundamentales causara ciertas dificultades en la aplicación de estas disposiciones. Para disipar esta preocupación fué por lo que se creó el Comité citado.

Resulta bastante difícil encontrar datos en abundancia sobre la real aplicación del sistema establecido. Un artículo escrito aproximadamente un año y medio después de la promulgación de la Ley indica que por el tiempo de su publicación se encontraban unas treinta personas en situación de arresto gubernativo.

III. Situación actual de la opinión sobre el arresto gubernativo

Hay que mencionar primeramente la discusión que tuvo lugar en la primavera de 1947 con ocasión del Congreso de la Sociedad Japonesa de Derecho Penal, el cual tuvo como principal objeto de estudio el sistema de las "Sicherungsmassnahme" o medidas de seguridad o de "justicia preventiva", incluido el arresto gubernativo. Participaron en el Congreso unos setenta especialistas de Derecho Penal. Es significativo que el Congreso no condenara el arresto gubernativo de una manera total, sino que acordó la conveniencia de estudiar en particular cada tipo de delito. Sin embargo, el proyecto de reforma de 1940 del Código Penal y la Ley para el mantenimiento de la Paz pública fueron objeto de duras críticas. Las medidas de arresto gubernativo establecidas por la Ley para el mantenimiento de la Paz pública para los "delincuentes presuntos" fueron juzgadas como completamente deficientes. Se observó también que el plazo de la detención no tenía objeto alguno, puesto que podía

ser prolongado indefinidamente. Se criticó el Proyecto de Código Penal de 1940 por establecer medidas de arresto gubernativo solamente para los delitos que se suponía que iba a cometer el delincuente, olvidando completamente las infracciones efectivamente cometidas con anterioridad por él mismo. Además se discutieron otras cuestiones legales tales como la naturaleza del arresto gubernativo. Seguridad pública, reforma del delincuente presunto, determinación de los casos en que se puede dictar la medida de arresto gubernativo, sistema de delimitación de la duración (fija o indeterminada) de la detención, renovación del período de detención, relación entre la pena y el arresto gubernativo (orden de aplicación), y conveniencia de la participación de una comisión administrativa en el procedimiento. Sin embargo, resulta difícil conciliar las distintas opiniones defendidas en el Congreso, y parece bastante difícil designar un tipo de arresto gubernativo determinado que haya sido aceptado unánimemente por todos los participantes.

Un nuevo anteproyecto para la reforma del Código Penal ha sido publicado en Abril de 1960. El nuevo anteproyecto establece dos tipos de "Sicherungsmaßnahmen". Uno concerniente a las personas que sufren enfermedades mentales y el otro que contiene medidas para el control de los alcohólicos y los morfinómanos.

Sin embargo, este proyecto no contiene medidas de arresto gubernativo pero sí dispone penas de duración indeterminada para los delincuentes habituales.

Se puede decir que los autores del proyecto han evitado el discutible sistema de arresto gubernativo y han pensado llegar a los mismos resultados por el sistema de imposición de penas de duración indeterminada. Hasta ahora este punto del proyecto no ha sido objeto de críticas. Por lo que puede pensarse que, por el momento al menos, no se tiene la intención de establecer el sistema de arresto gubernativo.

HAKARU ABE *

* Director del Instituto de Formación y de Investigaciones Jurídicas del Tribunal Supremo del Japón.

LEY DE 1941 PARA EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ PUBLICA

(Derogada en 1945)

Capítulo 1 — Delitos

- Artículo 1. El que con el fin de cambiar la organización del Estado, organizara o perteneciera a una asociación con tales fines en calidad de dirigente, será castigado con la pena de muerte, o con la de trabajos forzados a perpetuidad, o como mínimo a siete años de prisión y trabajos forzados. El que conociendo los motivos y fines de una asociación de tal naturaleza se una a ella, o cometa acciones tendentes a conseguir la realización de sus fines, incurrirá en la pena de prisión a trabajos forzados de una duración mínima de tres años.
- Artículo 2. El con el fin de ayudar a una asociación tal como la que se define en el artículo anterior, organice una asociación o participe en el funcionamiento en calidad de dirigente, incurrirá en pena de muerte o en la de trabajos forzados a perpetuidad o en la de trabajos forzados durante un período de cinco años como mínimo. El que conociendo sus fines se una a tal asociación o ejecute actos tendentes a la consecución de sus protósitos, será castigado con la pena de prisión a trabajos forzados durante un período no menor de dos años.
- Artículo 3. El que con el fin de crear una asociación como la que se define en el artículo 1, organice una asociación o actúe como dirigente o miembro de ella, será castigado con pena de muerte o trabajos forzados a perpetuidad, o a trabajos forzados durante un período mínimo de cinco años. El que conociendo sus fines se una a tal asociación o ejecute actos tendentes a conseguir sus propósitos, será castigado con trabajos forzados por un período no menor de dos años.
- Artículo 4. El que con los fines definidos en los tres artículos precedentes forme o dirija un grupo, será castigado con pena no inferior a tres años de prisión de trabajos forzados. El que con los propósitos definidos en los anteriores artículos se una a un grupo o realice actos que sirvan para la ejecución de los fines definidos en dichos artículos, será castigado con pena de prisión de un año de trabajos forzados como mínimo.
- Artículo 5. El que con los fines definidos en los artículos 2 y 3 coopere con otros o induzca a otros a ejecutar actos tendentes a la consecución de los fines de los citados artículos, haga propaganda o cometa actos que sirvan para la realización de los mismos fines, será castigado a prisión con trabajos forzados durante un período no menor a un año y no superior a diez años.
- Artículo 6. El que con los propósitos definidos en los artículos 1 al 3 induzca al alzamiento tumultuario, cometa daños corporales o cualquier otra clase de delitos contra las personas o la propiedad, será castigado a pena de prisión con trabajos forzados no inferior a dos años.
- Artículo 7. El que con el propósito de estimular las actividades tendentes a cambiar la organización del Estado o a la profanación de la Gran Tumba de Ise o de la Familia Imperial, organice una asociación o participe en su funcionamiento como dirigente, será castigado con la pena de prisión con trabajos forzados a perpetuidad o a trabajos forzados durante cuatro años como mínimo. El que conociendo los fines de una

asociación de tal clase se una a la misma o cometa acciones tendentes a la consecución de sus propósitos, incurrirá en pena de prisión con trabajos forzados no menor de un año.

Artículo 8. El que con los propósitos citados en el artículo anterior forme o dirija un grupo será castigado con prisión a perpetuidad y trabajos forzados o a tres años de prisión y trabajos forzados como mínimo. El que con los fines citados en el artículo anterior se una a un grupo o ejecute actos que sirvan para la ejecución de los propósitos citados en el precedente artículo, incurrirá en pena no menor a un año de prisión con trabajos forzados.

Artículo 9. El que con el propósito de incitar a la ejecución de uno de los delitos previstos en los ocho artículos precedentes, dé, ofrezca o prometa ayuda económica, bienes o cualquier otra clase de ventajas económicas, incurrirá en una pena no menor a diez años de prisión con trabajos forzados. Con la misma pena será castigada la persona que conociendo los motivos del ofrecimiento, reciba, exija o convenga en recibir dinero, bienes o cualquier otra clase de ayuda económica.

Artículo 10. El que con el fin de abolir el sistema de propiedad privada, organice una asociación o él que con conocimiento de su naturaleza se una a una asociación de tal clase o cometa acciones que sirvan a la realización de sus propósitos será castigado a una pena no inferior a los diez años de prisión con o sin trabajos forzados.

Artículo 11. El que con el propósito mencionado en el artículo 10, se ponga de acuerdo con otros, o los induzca a conseguir tal fin, será castigado a prisión con o sin trabajos forzados por un período no menor de siete años.

Artículo 12. El que con el propósito mencionado en el artículo 10 induzca al alzamiento tumultuario, a la ejecución de daños corporales o cualquier otro delito que cause daño a la vida, de las personas o a la propiedad privada, incurrirá en la pena de prisión con o sin trabajos forzados por una duración mínima de diez años.

Artículo 13. El que con el propósito de incitar o cometer los delitos definidos en los tres artículos precedentes, ofrezca o prometa dar dinero, bienes o cualquier otra ventaja económica, será condenado a la pena de prisión con o sin trabajos forzados no menor a cinco años. La misma pena se aplicará a cualquiera que conociendo los fines del ofrecimiento reciba, exija o convenga en recibir dinero, bienes o cualquier otra ventaja económica.

Artículo 14. Todas las figuras de delito definidas en los artículos 1 al 4, 7, 8 y 10 serán también castigadas en el grado de tentativa.

Artículo 15. El que habiendo cometido alguno de los delitos incluidos en este Capítulo, espontáneamente se presente a la Justicia, obtendrá una reducción o una remisión de la pena.

Artículo 16. Las disposiciones de este Capítulo se aplican a cualquier persona que cometa uno de los delitos que aquí se prevén fuera del territorio donde esta Ley está vigente.

Capítulo II — Del Procedimiento criminal

(no se reproduce)

Capítulo III — Del arresto gubernativo

Artículo 39. Cuando una persona sentenciada por uno de los delitos incluídos en el Capítulo I esté a punto de terminar el cumplimiento de su sentencia y existan fundados temores de que una vez en libertad vuelva a cometer el mismo delito, el Tribunal, a propuesta del Ministerio público, puede disponer que se le aplique el arresto gubernativo. De igual modo se procederá cuando una persona culpable de alguno de los delitos incluídos en el Capítulo I, habiendo sido condenada y cumplido su sentencia o habiéndole sido concedida la remisión de la pena, sea situada bajo la protección y vigilancia de acuerdo con la Ley para la protección y vigilancia de los delincuentes presuntos, al resultar difícil impedirle la reincidencia en los delitos definidos en el Capítulo I y existir fundados temores de que los vuelva a cometer.

Artículo 40. El arresto gubernativo será solicitado por un representante del Ministerio público del Tribunal del Distrito que tenga jurisdicción sobre el lugar donde se encuentre el acusado.

Quando la petición mencionada en el párrafo anterior concierna a una persona situada bajo protección y vigilancia, la demanda será presentada por el Ministerio Público del Tribunal del Distrito con competencia territorial sobre el Instituto de Protección y Vigilancia donde se encuentre internado el reo ante el mismo Tribunal del Distrito.

Previamente a la petición de arresto gubernativo, se tendrá en cuenta el dictamen del Comité de Detención Preventiva.

Artículos 41 al 43 (no se reproducen).

Artículo 44. Cuando se presente una demanda de arresto gubernativo, el Tribunal después de haber oído la declaración del acusado dictará su fallo; en este caso, el Tribunal podrá ordenar la comparecencia del acusado.

Quando éste rehusé declarar o se fugue, el Tribunal podrá emitir su fallo sin haber oído su declaración.

Quando la petición de arresto gubernativo tenga lugar con anterioridad al cumplimiento total de la sentencia, el Tribunal podrá, incluso después de haber cumplido la sentencia, ordenar el arresto gubernativo del acusado.

Artículo 45. Cuando el Tribunal estime necesario reunir información sobre los hechos, podrá ordenar la comparecencia de aquellas personas en situación de proporcionar pruebas o de declarar en calidad de expertos. El Tribunal puede igualmente pedir a la Administración los informes necesarios para el establecimiento de las pruebas.

Artículo 46. Cuando el Tribunal requiera la declaración de un acusado o la comparecencia de una persona para declarar sobre los hechos o para informar como experto, podrá estar presente un representante del Ministerio Fiscal y manifestar su opinión o presentar elementos de juicio.

Artículo 47 (no reproducido).

Artículo 48. El Tribunal podrá ordenar la comparecencia del acusado en los casos siguientes:

- 1) cuando no tenga domicilio fijo;
- 2) cuando se escape o haya razones para temer que se escape;
- 3) si no acude a los emplazamientos dispuestos en el párrafo 1º del artículo 44.

Artículo 49. Cuando se den las circunstancias mencionadas en los números 1 y 2 del artículo precedente, el Tribunal podrá ordenar la detención temporal del acusado en un Instituto de Detención Preventiva. Cuando no pueda hacerse así, el Tribunal podrá detenerlo temporalmente en un presidio normal.

Cuando el acusado se encuentra ya en la cárcel, el Tribunal podrá mantenerle temporalmente detenido en la misma, incluso cuando no se den las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior.

Las disposiciones del párrafo 2 del artículo 42 serán aplicables con las necesarias modificaciones al caso previsto en el párrafo 1º de este artículo.

Artículo 50 (no se reproduce).

Artículo 51. El Ministerio Público puede apelar contra un auto denegatorio de la petición de arresto gubernativo.

El acusado y su ayudante pueden apelar contra un fallo accediendo a la solicitud de arresto gubernativo.

Artículo 52 (no se reproduce).

Artículo 53. Las personas bajo arresto gubernativo serán confinadas en un Instituto de Detención Preventiva. Se tomarán las medidas necesarias para conseguir la reforma de las mismas.

Artículo 54. El que estuviere en arresto gubernativo podrá, dentro de los límites establecidos por la Ley o por los reglamentos, recibir visitas de cualquier persona y mandar y recibir correspondencia cerrada o cualquier otra clase de objetos.

Las cartas y los objetos que sean dirigidos a personas en arresto gubernativo o recibidos por las mismas, estarán sometidas a censura, retención o cualquier otra medida necesaria para el mantenimiento de la paz pública o la reforma de los detenidos. Lo mismo se aplicará al que estuviere detenido temporalmente o al que está detenido por una orden de comparecencia dada de acuerdo con lo que en este Capítulo se dispone. Párrafos 2 al 4 (no se reproducen).

Artículos 56 y 57 (no se reproducen).

Artículo 58. Cuando después de haber empezado un período de detención deje de ser necesario el mantenimiento de una persona bajo arresto gubernativo, la autoridad administrativa ordenará su excarcelación antes de la terminación del período.

La disposición del párrafo 3º del artículo 40 se aplicará con las modificaciones necesarias al caso previsto en el párrafo precedente.

Artículos 59 al 65 (no se reproducen).

ANEXO II

**MEMORANDUM SOBRE LA SUPRESION DE LAS RESTRICCIONES
EN MATERIA DE LIBERTADES POLITICAS, CIVILES Y
RELIGIOSAS**

(4de Octubre de 1945)

(Del Cuartel General de las Fuerzas
Aliadas al Gobierno del Japon).

1. Con el fin de suprimir las restricciones políticas, civiles y religiosas y la discriminación de razas, nacionalidades, credos u opiniones políticas, el Gobierno Imperial Japonés procederá a:

a. Derogar y suspender inmediatamente la aplicación de todas las disposiciones, leyes, decretos, órdenes, ordenanzas y reglamentos que:

(1) establezcan o mantengan restricciones a la libertad de pensamiento, de religión, de reunión y de palabra, incluidas las críticas sobre el Emperador, las instituciones imperiales y el Gobierno Imperial Japonés.

(2) al (4) [no se reproducen.]

b. Los textos referidos en el párrafo anterior (a) incluyen, sin que esta relación sea exhaustiva, las leyes siguientes:

(1) Ley para el mantenimiento de la Paz pública (nº 54 de 1941, promulgada el 10 de Mayo de 1941).

(2) Ley de protección y vigilancia de los delincuentes presuntos (nº 29 de 1936, promulgada el 29 de Mayo de 1936).

[El resto del Memorandum no se reproduce.]

LA DETENCION PREVENTIVA Y ADMINISTRATIVA EN FILIPINAS

INTRODUCCION

Es muy notable que en la labor preparatoria para establecer la definición del imperio del derecho, el Congreso Internacional de Juristas, reunido en Nueva Delhi (India) en enero de 1959, adoptó algunas conclusiones, entre las que figuran las relativas al procedimiento penal y al imperio del derecho, en particular en lo que atañe a la detención preventiva y a la restricción de la libertad de las personas, siempre que así lo exija la seguridad pública o la administración de la justicia. Como parte de la Declaración de Delhi, el Congreso de Juristas adoptó, *inter alia*, las siguientes conclusiones:

"IV. Detención en espera de juicio

1) No se privará de su libertad a ninguna persona, salvo en la medida en que lo exijan los imperativos de la seguridad pública o de la administración de la justicia."

Es verdaderamente satisfactorio advertir que el principio fundamental del imperio del derecho establecido en Nueva Delhi se halla incorporado en los principios inseparables de la libertad individual y de la justicia que constituyen los sólidos cimientos del sistema jurídico filipino. Entre todos los hombres libres, cualquiera que sea su color, credo o idioma, existe por encima de todo un sentimiento común en lo que respecta al derecho y a la justicia.

Profundamente arraigados en la Constitución de Filipinas, en sus estatutos y en su jurisprudencia, esos principios se ponen principalmente de manifiesto en la ley de procedimiento penal del país, en particular en lo que concierne al arresto y a la detención de los acusados, al derecho de los acusados a que se les informe de la naturaleza del delito que se les imputa; a ser careados con los testigos de cargo; a disponer de procedimientos de citación obligatoria para hacer comparecer a los testigos de descargo; a tener defensores de su elección; a que se les permita dar fianza y a tener garantizado un juicio rápido e imparcial.

Detención en interés del mantenimiento de la seguridad nacional

La legislación filipina no autoriza la detención de una persona o la restricción de su libertad sin causa o proceso. En nuestra Declaración de Derechos figura el siguiente artículo:

"Sección 1. 1) No se privará a ninguna persona de la vida, la libertad o los bienes *sin el debido procedimiento legal*, ni se le negará el derecho a un igual trato ante la ley." (Constitución de Filipinas, artículo III.) [Cursivas del autor.]

Si no se pone en libertad a una persona detenida o arrestada, la detención se convierte en arbitraria o ilegal, en cuyo caso puede invocar el auto de *habeas corpus*, "el más importante de los baluartes de la libertad angloamericana", que no tiene otro objeto que el de exigir una pronta indagación judicial en todos los casos de restricción corporal. Este gran derecho constituye un medio rápido y eficaz para impedir la detención ilegal, y puede invocarse en ayuda de toda persona privada ilegítimamente de su libertad. La petición del *habeas corpus* debe fundarse en la alegación de privación ilegal de la libertad y ha de ser real y efectiva y no solamente nominal o moral.

Sin embargo, hay casos en que se dispone de autoridad legal para detener arbitrariamente a una persona o privarla, de otra forma, de su libertad sin exponer el motivo ni darle la posibilidad de juicio. Esto ocurre en momentos críticos para la nación, en los que no se puede invocar la gran prerrogativa del *habeas corpus* en defensa de la libertad individual. En su Declaración de Derechos, la Constitución de Filipinas dice:

"Sección 1.

"14) El privilegio del *habeas corpus* no se suspenderá *salvo en caso de invasión, insurrección o rebelión* o cuando lo exija la seguridad pública. En cualquiera de dichas circunstancias podrá suspenderse esta garantía en todos los lugares y por el período en que exista la necesidad de tal suspensión." [Cursivas del autor.]

Además, la cláusula 2 de la sección 10 del artículo VII de la Constitución estipula que en caso de "peligro inminente" de invasión, insurrección o rebelión en que lo exija la seguridad pública, el Presidente de Filipinas podrá también suspender el privilegio del *habeas corpus*.

Quedan comprendidos en la suspensión de esta garantía "todos los demás delitos y faltas cometidos por tales personas para promover las actividades mencionadas (se entiende de sedición, insurrección y rebelión), con ocasión de ellas o de sus incidencias o en relación con ellas".¹

¿Por qué entonces la ley ampara la violación de la libertad individual cuando está en peligro la seguridad pública? En la vida de

¹ *Montenegro v. Castaneda*, G.R. No. L-4221, 30 de agosto de 1951.

una nación, una crisis tras otra pueden conducirla al caos; la invasión puede poner en peligro su soberanía; la rebelión puede derrocar su gobierno legal; y la sedición puede zapar sus cimientos. Como se dice en términos sumamente acertados en la sentencia pronunciada en un gran proceso norteamericano:

“En todas las guerras hay hombres, hasta entonces de buena conducta, cuya maldad les lleva a aconsejar a sus compatriotas que se opongan a las medidas que un buen gobierno ha estimado necesario adoptar para mantener su autoridad legítima y vencer al enemigo; la influencia que ejercen sobre sus conciudadanos puede acarrear peligrosas consecuencias. En tales situaciones críticas tal vez no sea posible proceder a una investigación pública inmediata con arreglo a la ley; no obstante, el peligro a que se expone el país puede ser demasiado inminente para permitir que dichas personas sigan en libertad.”²

En una situación de crisis nacional y trastornos generales como la que tan gráficamente se describe en la cita anterior, un gobierno constitucional puede verse obligado a intervenir de modo directo y efectivo en la detención de las personas que, voluntaria y deliberadamente, han subvertido la autoridad que legítimamente ostenta en interés de sus propios y perniciosos fines, sin que pueda exigirse de dicho gobierno que justifique la razón de ser fundamental de la detención y del encarcelamiento que ha ordenado. Para hacer frente a las fuerzas de la sedición y la traición, los tribunales, que solamente actúan sobre la base de acusaciones formales entabladas para determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado – y que, por tanto, tienen la misión de sancionar y no la de prevenir – son efectivamente demasiado débiles e inadecuados en una zona de subversión en que están en peligro la autoridad legítima del gobierno y su estabilidad.

La facultad del Presidente para suspender la inmunidad de las personas lleva aparejado su derecho exclusivo de determinar si existe una situación de invasión, de insurrección o de rebelión que justifique tal suspensión. Le incumbe asimismo determinar la duración del estado de urgencia, y esta decisión tendrá carácter obligatorio para todos los organismos del gobierno.

Detención para asegurar la administración de la justicia

La detención arbitraria está sancionada por la ley. Sin embargo, toda persona *acusada de un delito o de una infracción de la ley debe ser detenida y encarcelada*. La detención es el acto de poner a una persona bajo custodia a fin de que comparezca ante

² *Ex parte Mulligan*, 4 Wall. 2.

la justicia para responder de un delito. Por *delito* se entiende, en general, todo acto cometido en infracción de la ley, cualquiera que sea su índole, que deba ser objeto de proceso. No obstante, un delincuente puede ser demandado cuando la ley o la ordenanza que ha violado establezca una pena no superior a un mes de prisión o una multa inferior a doscientos pesos, o ambas a la vez, en cuyo caso sólo se expedirá un simple auto de comparecencia.

Hay detención cuando la persona que debe ser objeto de ella ve su libertad realmente restringida o cuando se la somete a la custodia de la persona que ordena la detención. Dicha custodia o restricción de libertad, que supone la orden de detención, implican restricción de libertad o encarcelamiento efectivos. Por consiguiente, la simple declaración verbal de la detención o la amenaza de que se libraré un auto de detención o diligencia de emplazamiento son insuficientes, salvo cuando van seguidas de sumisión. La detención puede llevarse a cabo en cualquier día o en cualquier hora del día o de la noche. Está prohibido el empleo de la fuerza o de la coacción innecesarias o excesivas. Sin embargo, las personas autorizadas para proceder a una detención pueden recurrir a la fuerza o la violencia en la medida en que lo exija la resistencia activa que se oponga a una detención legal. La negativa a obedecer o a rendirse de la persona que debe ser detenida y todo intento de huida justifican el empleo de la fuerza.

A los efectos de investigación, la práctica de la policía de Filipinas autoriza la detención de sospechosos. Sin embargo, la ley de vagabundos y otras leyes análogas no conceden facultades especiales a este respecto.

Ciertas personas gozan de inmunidad de arresto y de detención. En virtud de un principio establecido de derecho internacional, los embajadores y ministros extranjeros, que no están sometidos a la jurisdicción nacional, no pueden ser detenidos. Los cónsules no tienen este privilegio. Análogamente, los miembros del Congreso de Filipinas gozan de esta inmunidad, en todos los casos, salvo cuando se trate del delito de traición, felonía o violación de la paz, mientras asisten a las sesiones del Parlamento y en sus viajes de ida y vuelta con tal objeto. Esta exención está justificada por razones de política pública.

La detención puede efectuarse en virtud de un auto judicial o sin esta formalidad. En caso de detención con mandamiento de arresto, el funcionario que la lleva a efecto debe entregar sin demora la persona detenida al juez o a la autoridad que lo haya dictado. El detenido puede pedir la libertad provisional bajo fianza.

Si se trata de una detención sin auto judicial, la persona que efectúe la detención debe entregar el detenido a las autoridades judiciales competentes sin demora innecesaria y dentro del plazo de: seis horas por delitos o infracciones punibles con penas leves o

su equivalente; nueve horas por delitos e infracciones punibles con penas correccionales o su equivalente, y dieciocho horas por delitos o infracciones punibles con penas aflictivas o capitales, o su equivalente. La entrega a las "autoridades judiciales" antes mencionada no significa la entrega de la persona del detenido, sino la elevación de una demanda o la presentación de una información al tribunal.

Quién dicta la orden de detención o arresto

En caso de suspensión de la garantía de *habeas corpus* por el Presidente de Filipinas, deberá publicarse una proclamación presidencial a este efecto. Una vez declarada la suspensión no es posible efectuar una pronta diligencia judicial para determinar la legalidad de la detención o del arresto. Las decisiones del Presidente en cuanto a la existencia de una invasión, insurrección, rebelión o peligro inminente de las mismas y las exigencias de la seguridad pública son inapelables y obligan a los tribunales. Como sostuvo la Corte Suprema de Filipinas en el caso *Montenegro v. Castaneda, supra*:

"Y convenimos con el Procurador General en que, de conformidad con la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, citada con aprobación en el proceso *Barcelon v. Baker* (5 Phil. 87), la autoridad para decidir si existen circunstancias imperativas que requieren la suspensión incumbe al Presidente, "cuya decisión es definitiva y concluyente" para los tribunales y toda otra persona.

En efecto, según dijo el juez Johnson en dicha decisión, el poder ejecutivo está capacitado para obtener información, por conducto de las autoridades civiles y militares que de él dependen, acerca de la paz y el orden en todo el territorio nacional hasta sus rincones más remotos; las autoridades judiciales, con la limitada organización de que disponen, no pueden estar mejor situadas para conocer y determinar la situación prevaleciente en el Archipiélago."

Las detenciones y arrestos que se efectúan para administrar justicia se dividen en tres categorías, a saber:

- 1) Detención en virtud de mandamiento dictado por un juez o por otra autoridad competente;
- 2) Detención por orden, oral o escrita, de un juez;
- 3) Detención sin auto judicial.

Cuando se trata de una detención con mandamiento, éste lo dicta un juez o una autoridad competente; se entrega a un funcionario que procede inmediatamente a la detención del acusado, al que hace comparecer sin demora innecesaria ante el juez o la autoridad que ha dictado la orden. Un mandamiento de detención dictado por un juez de paz no puede diligenciarse o ejecutarse fuera de

los límites de su jurisdicción, a menos que el juez del tribunal de primera instancia del distrito, o en su defecto el fiscal provincial, certifique que, a su juicio, el interés de la justicia exige tal diligencia. Un auto dictado por el juez del tribunal de primera instancia o por una autoridad judicial superior puede diligenciarse o ejecutarse en todo el territorio de Filipinas.

En caso de detención por orden del juez, ésta se efectúa por orden verbal o escrita en virtud de la cual toda persona detendrá inmediatamente a quien haya cometido un delito *en su presencia*; el juez procederá seguidamente como si el delincuente compareciese en virtud de un auto de detención.

En caso de detención sin auto judicial, cualquier guardia municipal o un particular puede detener a una persona:

a) cuando la persona que va a ser detenida haya cometido, cometa o esté a punto de cometer un delito en su presencia;

b) cuando se haya cometido un delito y tenga motivos justificados para creer que lo ha cometido la persona que va a ser detenida;

c) cuando la persona que va a ser detenida sea un prisionero evadido de un establecimiento penitenciario o de un lugar en el que cumplía condena en virtud de sentencia firme, o se haya fugado durante el traslado de una prisión a otra.

Se entiende que un delito se ha cometido "en presencia" del oficial que procede a la detención, cuando éste es testigo del delito, aunque sea a distancia, oye el alboroto causado por su comisión y se dirige inmediatamente al lugar en que se ha perpetrado, o bien cuando se está cometiendo el delito o no ha sido aún consumado en el momento de la detención. El simple motivo justificado para creer que se ha cometido un delito, que en realidad no se ha consumado, no basta para autorizar una detención sin mandamiento. Sin embargo, la aprehensión de un individuo sospechoso en un lugar sospechoso, en circunstancias tales que puedan inspirar sospecha a una persona sensata, está justificada. Esta creencia razonable puede emanar de las indagaciones efectuadas por la persona que practica la detención o de informaciones facilitadas por terceras personas. Un reo que se evada de la custodia de un policía o de un establecimiento penitenciario puede ser aprehendido sin auto de detención. Una persona legalmente detenida que se evada o libere por su propia iniciativa puede ser capturada de nuevo sin auto de detención por la persona de cuya custodia se ha escapado o liberado.

Necesidad de informar a una persona de los motivos de su detención

En la Constitución de Filipinas se garantiza que:

“... en todos los procesos penales el acusado tendrá derecho... a ser informado de la naturaleza y los motivos de la acusación formulada contra él...” (Artículo III, sección 1, cláusula 17)

e igualmente que:

“La persona detenida deberá ser informada, en todos los casos, de los motivos de su detención...” (Artículo 125, párrafo 2, del Código Penal Revisado.)

En consecuencia, la legislación filipina impone al funcionario que procede a la detención la obligación de “informar a la persona que va a ser detenida de los motivos de su detención”. En otras palabras, la persona detenida tiene derecho a esta información. Sea en el momento de la detención o antes de ella, el funcionario debe haberle comunicado que “no está tratando con un intruso sino con un representante de la justicia”. Por tanto, las obligaciones respectivas de la persona detenida y del funcionario que efectúa la detención son las siguientes: el acusado está obligado a acatar la orden de detención, a ponerse pronta y pacíficamente bajo la custodia del funcionario, mientras que éste está obligado a informar al acusado de los motivos de su detención solamente después de haberlo detenido y puesto a buen recaudo. En resumen, la explicación del funcionario sigue a la reclusión del acusado, y la presentación del auto de detención sigue al acatamiento de la autoridad del funcionario.

En rigor, cuando la detención se lleva a cabo en virtud de un mandamiento, el funcionario encargado de ejecutarla debe informar a la persona que ha de ser detenida de los motivos de la detención, y del hecho de que se ha dictado un auto a este efecto. No es menester que el funcionario esté en posesión del mandamiento en el momento de proceder a la detención, pero una vez efectuada ésta, si el detenido lo exige, se le debe presentar el documento a la mayor brevedad posible.

Cuando se trate de un arresto sin mandamiento, el funcionario deberá dar a conocer su calidad a la persona que ha de ser detenida y le informará del motivo de su detención, a menos que el interesado esté perpetrando un delito, o se le persiga inmediatamente después de haberlo cometido o de haberse evadido, o se dé a la fuga, o se resista por la fuerza antes de que el funcionario haya tenido ocasión de comunicárselo, o cuando el hecho de darle tal información ponga en peligro su detención.

Si la persona que lleva a cabo la detención es un particular, debe informar a la persona que ha de ser detenida de su intención de detenerla y de las causas de su detención, a menos que se halle cometiendo un delito, o se la persiga inmediatamente después de

haberlo cometido o de haberse evadido, o se dé a la fuga, o resista por la fuerza antes de que la persona que hace la detención haya tenido la oportunidad de comunicárselo, o cuando el hecho de darle tal información pueda dificultar su detención.

No cabe duda de que estará justificada toda excepción a la obligación de comunicar a la persona que ha de ser detenida las causas de su detención cuando se presuma que conoce los motivos por los cuales es detenida.

Reparación efectiva en caso de abusos cometidos en las detenciones y reclusiones

En la historia política de Filipinas ha habido dos casos de suspensión de la garantía del *habeas corpus*, a saber: 1) la orden ejecutiva No. 6, por la que se suspendió este privilegio el 31 de enero de 1905, y 2) el decreto No. 210, por el que se declaró suspendido el 22 de octubre de 1950. La primera suspensión se basaba en la existencia de una "insurrección" abierta, de la que resultaba "una situación de inseguridad y terrorismo entre la población", en la que no era posible proceder a "investigaciones preliminares ante la justicia de paz o ante otros funcionarios judiciales". La segunda suspensión afectaba a "las personas que se hallaban detenidas, así como a todas las demás personas que pudieran serlo en adelante por los delitos de sedición, insurrección o rebelión, o por participación o instigación de tales actos, con ocasión de ellos o de sus incidencias o en relación con ellos". Las personas detenidas y reclusas en aquella ocasión constituían el núcleo central del movimiento comunista en Filipinas.

Cierto es que la Constitución de Filipinas autoriza al Presidente, en caso de invasión, insurrección o rebelión, o de peligro inminente de que se produzcan, si la seguridad pública lo exige, para suspender el privilegio de *habeas corpus*, mientras exista la necesidad de tal suspensión en dicho período, y que sus decisiones y conclusiones en cuanto a la existencia de la invasión, la insurrección o la rebelión, o peligro inminente de cualquiera de esos acontecimientos, y a los imperativos de la seguridad pública no podrán ser impugnadas ante los tribunales.

Los efectos y la amplitud de la facultad de suspender esta garantía, en negación absoluta de la libertad personal, se aprecian teniendo en cuenta sobre todo que se confiere dicha facultad precisamente al órgano con autoridad para ordenar la detención y reclusión de personas, es decir, el Poder Ejecutivo. En consecuencia, existe la posibilidad de que un Presidente dictatorial, abusando de su autoridad, suspenda simplemente el *habeas corpus*, con el pretexto de proteger la seguridad del Estado, pero en realidad para

lograr sus objetivos arbitrarios de encarcelar a sus enemigos sin formación de causa ni motivo legalmente justificado.

¿Está el ejercicio de este poder de suspender el privilegio del *habeas corpus* sujeto a investigación judicial o de otra índole? Si bien se reconoce, como se dijo antes, que el Presidente es la única persona competente para decidir si procede o no suspender esta garantía, esta facultad no quita al poder judicial la de determinar si la Proclamación del Presidente suspendiendo la garantía del *habeas corpus* se dio con arreglo a lo dispuesto por la Constitución a este respecto.

Ahora bien, aun suponiendo que sea declarada válida la proclamación presidencial, subsiste la cuestión judicial de si la orden de suspensión comprende o no los casos de las personas que han invocado precisamente el procedimiento de *habeas corpus* para impugnar la legalidad de su detención. Un ejemplo oportuno a este respecto es la Proclamación No. 210 en la que se especifica que su aplicación sólo se extenderá a los delitos concretos de *sedición*, *insurrección* o *rebelión*. En estas circunstancias, los tribunales son competentes para indagar si las personas detenidas tienen aún derecho al privilegio de *habeas corpus*, ya que puede ocurrir que la acusación no se refiera a ninguno de los delitos enumerados en la proclamación.

Incumbe a las autoridades bajo cuya custodia está el detenido demostrar que se halla comprendido en la suspensión.

En los casos de detención y reclusión por delitos cometidos en épocas normales, o por delitos no comprendidos en una proclamación presidencial de suspensión del *habeas corpus*, corresponde a la policía y a las autoridades judiciales ejercer la discreción necesaria en tales detenciones y reclusiones. Para ordenar la detención o la reclusión de una persona se requiere el ejercicio de un alto grado de poder discrecional. Los autos de detención se dictan fundándose solamente en motivos probables. Por consiguiente, el juez de paz o el oficial encargado de proceder a la investigación preliminar debe tomar bajo juramento, sea en presencia o en ausencia del acusado, la declaración del demandante y de los testigos presentados por él o por el fiscal. Si el juez está convencido, por los resultados de la investigación preliminar que ha ordenado, de que el delito denunciado se ha cometido realmente y de que hay motivos justificados para creer que lo ha perpetrado el acusado, dictará un auto o mandamiento de detención contra él y no se admitirá el recurso de apelación.

Cuando se efectúa una detención sin auto judicial y una persona se ve privada de su libertad, ésta tiene derecho a recobrar la libertad a las seis, nueve o dieciocho horas, según la gravedad del delito que se le impute, a menos que haya sido entregada a las auto-

ridades judiciales, o que se presenten contra ella las correspondientes acusaciones penales en los plazos antes mencionados.

¿Qué formas puede revestir la reparación de una detención ilegal o de una reclusión arbitraria en los casos de presunta violación de la legislación penal? Contra una acción oficial arbitraria cabe ejercer: a) una acción civil; b) una acción penal, y c) el procedimiento de *habeas corpus*. En el primer caso se demanda por daños y perjuicios a la persona o el funcionario responsable de detención arbitraria o reclusión ilegal. En lo criminal, el demandado puede incurrir en una pena de prisión.

Todo particular que detenga a otra persona puede ser demandado por detención ilícita. Pero en este caso sólo se trata de una sanción por detención arbitraria o ilegal o reclusión ilícita.

En los dos primeros recursos, el procedimiento para vindicar a la persona agraviada es bastante lento. Pero el mero hecho de que el acto pueda ser considerado como delito y de que se pueda proceder contra el acusado no excluye el recurso de *habeas corpus*.

La detención sin causa o autoridad legal puede repararse rápidamente mediante el procedimiento de *habeas corpus*, que tiene esencialmente por objeto hacer investigaciones sobre toda forma de represión involuntaria y de liberar a la persona que ha sido víctima de ella, si se declara ilegal dicha restricción. La disposición sobre el *habeas corpus* pertinente dice así:

“Sección 1. Casos a que se aplica el *habeas corpus*. Siempre que la ley no disponga lo contrario, el privilegio del *habeas corpus* se extenderá a todos los casos de encarcelamiento o detención ilícitos por los que se prive de libertad a cualquier persona, o por los que se sustraiga una persona a la custodia de la persona autorizada a este efecto.”
(Artículo 102, Reglamento procesal.)

En virtud del Reglamento procesal, el *habeas corpus* se define como un procedimiento especial, de carácter netamente civil y sumario, por el que se determina si el demandante está detenido legal o arbitrariamente. Una vez decidido que el recurrente ha sido ilegal y efectivamente privado de su libertad, se expide el mandamiento de *habeas corpus*. Este mandamiento puede ser otorgado por el Tribunal Supremo, o por uno de sus miembros, cualquier día y a cualquier hora, así como por el Tribunal de Apelación o por uno de sus miembros. El mandamiento así otorgado será ejecutorio en todo el territorio de Filipinas y puede ser devolutivo ante el tribunal o uno de sus miembros. También puede ser otorgado por un tribunal de primera instancia, o por un juez de ese tribunal, cualquier día y a cualquier hora, y puede ser devolutivo ante dicho juez, en cuyo caso sólo tendrá carácter ejecutorio en su distrito judicial.

El mandamiento de *habeas corpus* se dirige a la persona que mantiene detenido al demandante, ordenándole que lo presente en

un lugar y fecha determinados, para hacer, someterse y recibir lo que el tribunal o el juez que haya otorgado el mandamiento considere necesario.

Cuando el tribunal o el juez haya examinado los motivos de la detención y reclusión y esté convencido de que el prisionero ha sido ilegalmente detenido y encarcelado, dispondrá inmediatamente su libertad. Si el funcionario o la persona que tiene en reclusión al prisionero no desea interponer recurso, el prisionero será puesto en libertad inmediatamente.

Derechos procesales sustantivos de la persona detenida en el procedimiento de habeas corpus

En todos y cada uno de los casos de detención sin causa ni autoridad legal, el único recurso rápido y eficaz es el de *habeas corpus* – “la más importante garantía del derecho consuetudinario y del desarrollo constitucional americano” – que, en lo esencial, permite a una persona detenida, encarcelada o recluida en cualquier otra forma, obtener de un tribunal un mandamiento por el que se requiere de la persona que la mantiene detenida que la presente ante los tribunales y justifique su detención.

El detenido, su familia o sus amigos pueden asegurarse los servicios de un abogado que formulará la petición, con el visto bueno y la firma de la persona cuya liberación se pide, o de otra persona en nombre suyo, en la que se hará constar:

- 1) Que el demandante está encarcelado o privado de libertad;
- 2) El nombre del funcionario o de la persona que lo haya detenido o encarcelado; si ambos son desconocidos o no se pueden identificar con certidumbre, podrán designarse con una apelación supuesta, en cuyo caso se entenderá que la persona de que se trata es aquella a la que se ha dirigido el mandamiento;
- 3) El lugar en que se halla detenido o privado de su libertad, si se conoce;
- 4) Una copia del mandamiento o de la causa de la detención si puede obtenerse sin menoscabo de la eficacia del recurso; si la detención o el encarcelamiento se han efectuado sin autoridad legal, se hará constar este hecho en la instancia.

Cuando se desprenda de la petición que procede acceder al mandamiento, el tribunal o el juez competente lo dictará inmediatamente y el escribano lo expedirá con el sello del tribunal. En caso de urgencia, el juez puede dictar el mandamiento de su puño y letra y delegar en un funcionario u otra persona para que lo

expida. Cuando haya efectuado la detención un funcionario, se dirigirá a él el mandamiento, ordenándole que haga comparecer a la persona detenida y privada de libertad ante el tribunal o el juez designado en el mandamiento de *habeas corpus*. Cuando la detención o el encarcelamiento hayan sido efectuados por un particular, el mandamiento se dirigirá a un funcionario, al que se ordenará que se haga cargo del detenido y lo haga comparecer ante el tribunal o el juez designado en el mandamiento, y emplaze a la persona que lo haya privado de libertad para que comparezca ante el tribunal y exponga los motivos de la detención o del encarcelamiento.

El funcionario al que se dirija el mandamiento deberá acompañar a la persona detenida o privada de libertad ante el juez que haya dictado el mandamiento o ante el juez designado en dicho documento si no es el mismo que lo ha dictado. No se tendrán en cuenta los requisitos de forma, de modo que no se podrá desobedecer ningún mandamiento de *habeas corpus* por vicio de forma, siempre que de él se infiera claramente quién mantiene detenida o encarcelada a la persona privada de su libertad, así como el tribunal y el juez ante el que ha de comparecer el detenido.

Tramitado el mandamiento, se inicia la audiencia y el examen de la causa. Si la audiencia se aplaza por un motivo justificado, el tribunal o el juez tomarán las disposiciones necesarias para salvaguardar a la persona encarcelada o detenida, según proceda. Si dicha persona no puede comparecer alegando enfermedad o dolencia, el tribunal o el juez comprobarán si efectivamente la gravedad de su estado le impide comparecer, sin peligro para su salud, antes de examinar el caso y resolverlo.

En el procedimiento de *habeas corpus*, el peticionario tiene el derecho de réplica a la contestación de los demandados a la orden relativa a la exposición de motivos y si se niegan todas o algunas de las acusaciones, los demandantes tienen la obligación de presentar las pruebas de dichas acusaciones. Sin embargo, cuando de la contestación al mandamiento se deduzca que el demandante ha sido detenido reglamentariamente, en virtud de un mandato judicial, el tribunal no rechazará la contestación, la cual deberá ser considerada como una prueba *prima facie* de la causa de la privación de libertad.

Si el demandante ha sido encarcelado o detenido ilegalmente, deberá ordenarse que sea puesto inmediatamente en libertad. Si el funcionario o la persona que mantiene detenido al prisionero no apela contra esta decisión, el prisionero deberá ser liberado inmediatamente. La negativa de los demandados a presentar personalmente el detenido, obediendo a un mandamiento de *habeas corpus*, sin una causa legítima, constituye un acto de desacato. Toda persona puesta en libertad en virtud de un mandamiento de *habeas corpus* no podrá ser nuevamente encarcelada. Una sentencia definitiva en un recurso de *habeas corpus* tiene igual fuerza obligatoria

para las partes que una sentencia firme dictada en cualquier otro procedimiento. No se puede reanudar el litigio sobre la misma cuestión.

Lo mismo que a cualquier otro acusado, no se niega a ningún detenido el derecho constitucional a contar con la ayuda de un abogado. A todo detenido se le garantiza la asistencia de un defensor desde el momento en que ha sido detenido, recluso o privado de su libertad por un agente de la autoridad. En virtud del Reglamento procesal, toda persona reclusa tiene el derecho de consultar con su abogado, en la prisión o en otro lugar de detención, en cualquier hora del día y, en caso de urgencia, de la noche. Esta disposición da mayor efectividad al derecho constitucional de toda persona detenida a disponer de la ayuda de un abogado. Incluso en los recursos de apelación contará con la ayuda indispensable del abogado. Los detenidos que carecen de recursos económicos podrán contar con los servicios de un abogado "de oficio" designado por el tribunal.

Algunos casos de detención impugnada de conformidad con el procedimiento de habeas corpus

Para impugnar la legalidad de la detención de una persona por las autoridades, el recurso más indicado – y el único – es el mandamiento de *habeas corpus*. Según se ha indicado anteriormente, este gran privilegio tiene por objeto salvaguardar la libertad personal. Es tan importante la naturaleza de este recurso como instrumento de libertad individual que, según Malcolm, antiguo magistrado del Tribunal Supremo de Filipinas, se ha convertido en un jalón del derecho constitucional filipino. Por consiguiente, ha quedado bien sentado en esta jurisdicción que, en todos y cada uno de los casos de detención sin proceso o sin autorización, el recurso adecuado es el mandamiento de *habeas corpus*.

En este caso, ¿cuál es en Filipinas la jurisprudencia sobre el procedimiento de *habeas corpus* basada en la ley de precedentes?

A continuación se examinan diversos casos específicos pero representativos de detención de personas a fin de salvaguardar la seguridad pública.

En el caso *Montenegro v. Castaneda*, G.R. No. L-4221, de 30 de agosto de 1952, el recurrente Maximino Montenegro inició el procedimiento de *habeas corpus* para poner a prueba la validez de la Proclamación No. 210 del Presidente Quirino, por la que éste suspendió el privilegio de *habeas corpus* en caso de "delitos o infracciones, insurrección o rebelión y toda clase de delitos o infracciones, participación o instigación en tales actos, con ocasión de ellos o de sus incidencias o en relación con ellos". El demandante fue

detenido junto con otras personas por los agentes del Servicio de Contraespionaje Militar de las Fuerzas Armadas de Filipinas por complicidad con organizaciones comunistas en actos de rebelión, insurrección o sedición. Según el expediente, estaba detenido bajo la custodia de los demandados. El 22 de octubre de 1950, el Presidente Quirino dictó la Proclamación No. 210. El 21 de octubre de 1950, el padre de Maximino, actuando en calidad de demandante, elevó un recurso de *habeas corpus* pidiendo la liberación de su hijo. En este caso, el Tribunal Supremo sostuvo la facultad del Presidente de suspender el privilegio de *habeas corpus*.

En el caso *Nava v. Gatmaitan*, G.R. No. L-4855, y en el caso *Hernández v. Montesa*, G.R. No. L-4964, de 11 de octubre de 1951, el Tribunal Supremo dictaminó que el único efecto de la Proclamación No. 210 dictada por el Presidente en suspensión del privilegio del mandamiento de *habeas corpus* era que ninguna persona detenida tenía el derecho de pedir que la causa de su detención fuese examinada y decidida por un tribunal de justicia en virtud de un mandamiento de *habeas corpus*.

El Tribunal Supremo, al pronunciarse sobre una petición de *habeas corpus* en el caso *Saulo v. Cruz*, G.R. No. L-14819 de 19 de marzo de 1959, sostuvo que cuando, en conformidad con la ley, un mandamiento de *habeas corpus* es devolutorio a un tribunal distinto del que lo ha dictado, el tribunal que recibe el mandamiento o el juez de este tribunal tiene plena competencia para examinar todas las cuestiones planteadas en el caso de que se trate y dirimirlo. En definitiva, el tribunal o el juez al que se devuelve el mandamiento es competente y tiene la obligación de investigar los hechos y las disposiciones legales acerca de la legalidad o ilegalidad de la detención del demandante y de ordenar su liberación si comprueba que ha sido encarcelado o detenido ilegalmente.

El litigio *Barcelon v. Baker, et al.*, 5 Phil. Rep. 87, fallado en 1905, se refirió a la suspensión del privilegio de *habeas corpus* en Filipinas y más concretamente en las provincias de Cavite y Batangas, por el Sr. Luke E. Wright, que era entonces Gobernador General. El Tribunal Supremo de Filipinas rechazó la petición de *habeas corpus* del demandante Barcelon y confirmó la competencia del Presidente o del Gobernador General para decidir si existe o no un imperativo que requiera la suspensión del privilegio de *habeas corpus* y dictaminó que "su decisión era definitiva y concluyente" ante los tribunales y ante toda clase de personas.

En el caso *Taruc v. Carlos*, G.R. No. L.1028, 22 de julio de 1947, se falló que el demandante Taruc tenía derecho al *habeas corpus*, ya que fue detenido únicamente porque se sospechaba que había participado en un complot contra el Presidente de Filipinas, sospecha fundada en que el demandante era pariente de un dirigente socialista.

Pasaremos ahora a examinar algunos casos representativos de detenciones efectuadas por presuntas infracciones del código penal, o de privaciones de libertad en el curso de la administración de justicia.

En el caso *Santos v. Cruz*, 44 O.G. 1231, el Tribunal Supremo sostuvo que, para recurrir al *habeas corpus* con el fin de obtener la liberación de personas detenidas por agentes de la policía o funcionarios del cuerpo de prisiones por violación de las leyes penales, era preciso demostrar que hubo privación de derechos fundamentales, falta de competencia del tribunal para imponer la sentencia, o una pena excesiva.

En los dos casos *Lino v. Fugoso*, 43 O.G. 1214, y *Sayo v. Jefe de Policía*, G.R. No. L-2128, 12 de mayo de 1948, se demostró que los agentes de policía habían tenido en su poder a los detenidos más de seis horas, sin entregarlos a la autoridad judicial competente, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 125 del Código Penal revisado. Se sostuvo que la acción en el procedimiento de *habeas corpus* puede ejercerse aun en el caso de que el detenido haya sido acusado en debida forma y esté pendiente de juicio³. Pero como ya se había dictado una sentencia, no bastó para que se admitiera el recurso de *habeas corpus*⁴ alegar que se había negado al acusado el derecho a ser juzgado sin demora.

En el caso *Macario Gunabe v. Director de Prisiones*, G.R. No. L-1231, 30 de enero de 1947, se sostuvo que el hecho de no entregar a las autoridades judiciales dentro de las seis horas de su detención a una persona sujeta al procedimiento criminal con arreglo al artículo 125 del Código Penal revisado, no influye en la legalidad de su encarcelamiento efectuado por mandato de un tribunal competente.

Se sostuvo que cuando como en el presente caso la detención del demandante se base en una investigación preliminar efectuada irregularmente, puesto que la llevó a cabo un juez de paz en una municipalidad adyacente fuera de su jurisdicción territorial, el mandamiento de *habeas corpus* es el recurso precedente⁵.

El mandamiento será ejecutorio, según sentencia en la causa de *Malinao v. Raveles*, etc., G.R. No. L-16464, 26 de julio de 1960, cuando la orden de detención del demandante tenga un vicio de nulidad por haberla dictado un tribunal incompetente para entender en un delito como el imputado o por no tener jurisdicción sobre la persona del acusado; el Tribunal citó los casos *Banayo v. Presidente de San Pablo*, 2 Phil. Rep. 413; *Collins v. Wolfe*, 4 Phil.

³ *Conde v. Rivera y Unson*, 45 Phil. 650.

⁴ *Talabon v. Warden*, 44 O.G. 4328.

⁵ *Ragpala v. Juez de Paz de Tabad, Lanao, et al.*, G.R. No. L15375, 31 de agosto de 1960.

Rep. 534; *Carrington v. Peterson*, 4 Phil. Rep. 134; *David v. Director de Prisiones*, 17 Phil. Rep. 168.

En el caso *Laurel v. Misa*, 42 O.G. 2847, el recurrente pidió su libertad basándose en que era inconstitucional la disposición de la Ley del Tribunal Popular que suspendió el artículo 125 del Código Penal revisado, el cual fija en seis horas el plazo máximo de la detención y da a los acusadores un plazo de seis meses para presentar las acusaciones contra detenidos políticos. El demandante era un detenido político y no se concedió el *habeas corpus*.

El privilegio de *habeas corpus*, reconocido como "uno de los baluartes más importantes de la libertad", es la disposición más trascendente de la Constitución de Filipinas, nuestra ley fundamental, en materia de derechos humanos, y su eficacia se demuestra fácilmente por la celeridad con que se instruyen los recursos de *habeas corpus* para determinar la validez de las detenciones. Citemos solamente algunos casos. En el de *Lino v. Fugoso*, ya mencionado, el lunes por la mañana se presentó una petición de *habeas corpus* en favor de trabajadores municipales que se habían declarado en huelga; se examinó la petición el martes por la mañana, y los trabajadores fueron puestos en libertad en la tarde del mismo día. En el caso *Tanada v. Quirino*, 43 O.G. 934, el fiscal especial se negó a declarar si las pruebas de la culpabilidad de un detenido político eran concluyentes o no por entender que su respuesta pondría en peligro el éxito de la acusación; en la mañana fue declarado culpable de desacato por el juez demandado, y en la tarde del mismo día fue puesto en libertad, en virtud de un recurso interpuesto en su nombre por el Jefe de la Oficina de Fiscales Especiales.

En otro caso, *Caunca v. Salazar*, G.R. No. L-2690, la petición de *habeas corpus* fue registrada el 31 de diciembre de 1948. La vista de la causa se fijó para las dos de la tarde del mismo día y, habiendo explicado el demandado que la criada se hallaba en Silang (Cavite) y no volvería hasta la tarde, se aplazó la vista hasta las nueve de la mañana del 1° de enero de 1949, día feriado oficial. Pese a que obtener otro aplazamiento era posible porque la sirvienta estaba aún en Silang a las cinco de la tarde del mismo día, la petición se otorgó aquella tarde.

Por supuesto, la mera presentación de una petición de esta clase no garantiza la reparación solicitada. Pero el carácter sumario de este recurso y la investigación perentoria de los motivos fundamentales de la detención del demandante dan al recurso un valor inestimable para los que defienden su libertad física e intelectual.

Detenciones que afectan a extranjeros

Hay otra forma de detención o de privación de libertad que afecta principalmente a los extranjeros, tanto en los trámites de

entrada en el país como en los de deportación. En conformidad con las leyes filipinas de inmigración y con objeto de determinar si los extranjeros que llegan a Filipinas pertenecen a alguna de las categorías excluidas por dicha legislación, tales extranjeros quedarán retenidos, por orden de los funcionarios de los servicios de inmigración, a bordo del buque en que hayan llegado o en cualquier otro lugar designado por dichos funcionarios, hasta que dichos funcionarios puedan determinar si pertenecen a alguna de las categorías excluidas.

Todo extranjero que a juicio del inspector de inmigración del puerto encargado de la investigación no esté clara e indudablemente facultado para desembarcar, será retenido a fin de que una junta especial investigue su caso. La junta tiene facultad para decidir si procede autorizar a un extranjero para entrar en Filipinas o desembarcar en su territorio, o negarle dicha autorización. A este efecto, dicha junta celebrará una audiencia, deliberará y decidirá según las circunstancias del caso. Si resulta de la deliberación que dos miembros de la junta, por lo menos, han votado a favor del desembarco, se pondrá en libertad al extranjero, siempre que el otro miembro de la junta no se oponga a ello ni comunique su propósito de recurrir contra esta decisión; en caso contrario, el extranjero seguirá detenido.

Si el miembro disidente de la junta recurre contra la decisión de los otros dos, el caso se someterá a la Junta de Comisarios y si ésta decide negar la entrada, el extranjero podrá recurrir contra tal decisión. Si se niega este derecho de apelación, el interesado podrá obtener su liberación invocando el *habeas corpus* ante el tribunal. Sin embargo, el tribunal competente no deberá ordenar que el extranjero sea puesto en libertad sino que se le reconozca su derecho de apelación y que el asunto se remita de nuevo a las autoridades de migración. La decisión de la Junta de Comisarios en juicio de apelación será inapelable.

La detención de un extranjero no podrá ser recusada, puesto que, incluso durante el recurso de *habeas corpus* entablado por él para apelar contra la decisión de la junta, no se le concede la libertad bajo fianza. Tampoco tiene este derecho cuando el juzgado de primera instancia falle en contra suya, de modo que mientras está pendiente su recurso ante el Tribunal Supremo no puede ser puesto en libertad bajo fianza. No obstante, si se sostiene el recurso de *habeas corpus*, el extranjero tendrá derecho a la libertad bajo fianza mientras dure el recurso de las autoridades de inmigración ante el tribunal superior.

En las actuaciones de deportación, si los funcionarios de inmigración tienen noticia fidedigna o motivos para creer que un extranjero reside ilegalmente en Filipinas, harán una pronta indagación del caso. Si en la investigación se comprueba que el extranjero está sujeto a deportación en virtud de las leyes de inmigración, el fun-

cionario encargado de la investigación comunicará los hechos, por la vía oficial, al Comisario de Inmigración o al funcionario más próximo autorizado por el Comisario para dictar una orden de detención de extranjeros. Esta orden bastará para dar información adecuada al extranjero acerca del hecho de referencia.

Una vez detenido el extranjero, será oído su juicio a fin de que pueda exponer razones justificadas, si las hubiere, en contra de su deportación. Los juicios en estos casos se celebran ante un funcionario de inmigración o ante juntas especiales de investigación. Mientras se falla la causa, el funcionario de inmigración encargado de la misma podrá, a su discreción, recluir al extranjero o permitirle que siga en libertad, con las garantías que se estimen adecuadas para asegurar su comparecencia cuando sea requerido, pudiendo incluso exigírsele una fianza. En la vista de la causa el extranjero podrá examinar la orden de detención y se le advertirá que puede hacerse representar por un abogado.

Todo extranjero detenido contra el que se siga un proceso de deportación podrá ser puesto en libertad bajo fianza o en las condiciones que decida el Comisario de Inmigración. Si la Junta de Comisarios decide que procede deportar al extranjero, se expedirá un auto de deportación y se le deportará, a menos que el Comisario de Inmigración, en uso de su facultad discrecional, decida ofrecerle la oportunidad de salir voluntariamente del país en un plazo determinado y que así lo haga. Si no procede deportar al extranjero, se dará por terminada la causa.

Las autoridades de inmigración podrán detener al extranjero en espera de su deportación, a menos que decidan, usando de su facultad discrecional, autorizar su libertad bajo fianza. Si no se halla en condiciones de depositar la fianza y continuara por ello su reclusión, este hecho no constituirá una privación ilegal de su libertad. El derecho de deportar a un extranjero no autoriza a mantenerlo recluso indefinidamente con el pretexto de que se espera la ocasión de deportarlo. Si por cualquier motivo las autoridades de inmigración no pueden llevar a cabo la deportación del extranjero, éste será puesto en libertad. Todo extranjero privado de su libertad como resultado de un proceso de deportación podrá pedir que se determine su derecho a la libertad con arreglo al procedimiento de *habeas corpus*.

Un extranjero acusado de infracciones castigadas con la deportación y que se halle detenido tiene derecho a ser representado por un abogado. La negación de este derecho o todo acto equivalente por parte de las autoridades de inmigración bastará para que el juicio sea tachado de parcialidad. No obstante, el hecho de que un extranjero detenido sea interrogado por las autoridades de inmigración antes de que cuente con la ayuda de un abogado no constituye una violación de la legalidad del proceso, siempre que

la vista se celebre posteriormente con todos los requisitos. En esos casos, basta con informar al extranjero de sus derechos y con facilitarle asesoramiento. No se ocultará a su abogado ni se le negará información alguna acerca de las pruebas o declaraciones anteriores, y no se verá privado por este motivo del derecho de presentar aclaraciones o de refutar las pruebas. Sin embargo, el extranjero puede renunciar a este derecho, declarando expresamente que ésta es su voluntad o negándose a recurrir a los servicios de un abogado, después de habersele informado de este derecho. En este caso no podrá alegar ulteriormente que se le ha privado del derecho de ser representado por un abogado.

Dr. ARTURO A. ALAFRIZ *

* Presidente de la Federación de Asociaciones de Abogados de Filipinas, Manila.

LA DETENCION PREVENTIVA EN EL ESTADO DE SINGAPUR

En el Estado de Singapur, la ley protege en principio al individuo contra toda medida arbitraria que restrinja sus libertades, a reserva de las disposiciones contenidas en dos textos dictados en 1955: la *Preservation of Public Security Ordinance* (Ordenanza sobre el mantenimiento de la seguridad pública) y la *Criminal Law (Temporary Provisions) Ordinance* (Ordenanza por la que se dictan disposiciones provisionales en materia penal).

El primero de estos textos reprime las actividades que sucesivos gobiernos han considerado perjudiciales para la estabilidad política del Estado y que tienden, por su naturaleza, a hacer más difícil una posible fusión entre el Estado de Singapur y la Federación Malaya.¹ El segundo persigue la supresión de las asociaciones de maleantes, dirigidas casi todas por "sociedades secretas" con fines más o menos turbios, y que son responsables de secuestros, encuentros entre grupos rivales, maniobras de intimidación, exacciones ilegales y otros actos criminales de violencia: se trata, pues, de actos difíciles de averiguar y reprimir con los medios normales, debido a la apatía general y a los temores que suscita la posibilidad de represalias.

En el momento en que se redacta este artículo (octubre de 1960) hay treinta presos políticos en los establecimientos penitenciarios,² algunos de los cuales detenidos después de los disturbios ocurridos en 1956 en la empresa de transportes Hock Lee. Otros

¹ El Gobierno actual considera que ésta sería la mejor manera de eliminar los últimos vínculos entre el Estado de Singapur, con autonomía interna, y el Reino Unido. Véanse los discursos pronunciados por el primer ministro, Sr. Lee Kuan Yew, y por el ex ministro de Fomento, Sr. Ong Eng Guan, en la Asamblea Legislativa, en el debate celebrado en 1959 acerca de la modificación de la Ordenanza sobre el mantenimiento de la seguridad pública (*Singapore Legislative Assembly Debates*, 14 de octubre de 1959, vol. 11, núm. 11, col. 672). El Sr. Ong citó la declaración siguiente hecha en octubre de 1958 por el Partido Popular de Acción:

"Hemos de reconocer que el nuestro objetivo fundamental es la fusión y, por consiguiente, que, hasta la realización de este objetivo, el interés general de la Federación ha de prevalecer sobre el interés particular de Singapur... La legislación de excepción será necesaria para Singapur mientras sea necesaria para mantener la seguridad de la Federación."

² Esta cifra es probablemente inferior a la realidad. Véase *Singapore Legislative Assembly Debates*, 21 de setiembre de 1960, vol. 13, núm. 9, cols. 688 a 731.

seiscientos individuos fueron detenidos por sospechase de ellos la comisión de actividades delictivas; de ellos unos ciento setenta siguen un "tratamiento de readaptación" en la colonia penitenciaria de Pulau Senang,³ y los demás están detenidos en Singapur. Además, los dos textos mencionados facultan a la autoridad gubernativa para que aplique medidas de vigilancia a los "agitadores políticos" que no considere conveniente detener.

Otros textos contienen también disposiciones por las que se prevé la adopción de medidas de detención con o sin procedimiento judicial: el Código de Enjuiciamiento Criminal (1955), la Ordenanza de 1915 sobre el destierro y los textos mencionados al pie.⁴ Sin embargo, los poderes que confieren a la autoridad gubernativa son de poca importancia en comparación con los atribuidos por los dos primeros.

Los artículos 375 a 390 del Código de Enjuiciamiento Criminal puntualizan en qué condiciones puede presentarse una petición de *habeas corpus*; son virtualmente las mismas que fija la ley inglesa. Hasta la fecha no ha prosperado ninguna de las peticiones de *habeas corpus* formuladas por individuos detenidos en ejecución de una u otra de las Ordenanzas de 1955, a pesar de que el rigor del sistema establecido por esos dos textos haya sido atenuado por el procedimiento de recurso, de aplicación general, y por el procedimiento de revisión en el caso de los presos políticos.

Al promulgarse en 1955 la Ordenanza sobre el mantenimiento de la seguridad pública, después de derogarse la legislación de excepción antes en vigor, se previó, con ánimo optimista, que su aplicación duraría tres años. Sin embargo, fue necesario prorrogarlas mediante dos ordenanzas ulteriores, primero por dos años, y luego por cuatro años (Ordenanzas núms. 38 de 1958 y 65 de 1959). Según el artículo 3, párrafo 1º, de dicho texto, el jefe del Gobierno quedó autorizado, previa opinión favorable del gobernador emitida en Consejo, a decretar la detención de los individuos "que puedan poner en peligro la seguridad del país, el orden público o el funcio-

³ Isla de unas 80 hectáreas de superficie, situada a 18 millas al sudoeste de Singapur.

⁴ Estos textos son los siguientes:

Ordenanza sobre el destierro, de 1915; modificada por las Ordenanzas núms. 18 de 1915, 1 de 1928, 52 de 1941, 37 de 1952 y 8 de 1955. Véanse los artículos 4, 7 y 11 y, acerca del artículo 4, véase *In re Lim Peng Koi* (1952) M. L. J. 26 (se acordó un mandamiento *nisi* respecto a la petición de *habeas corpus* después de la presentación de declaraciones juradas certificando que el peticionario era súbdito británico).

Ordenanza para la protección de mujeres adultas y menores de edad, de 1930; modificada por las Ordenanzas núms. 15 de 1930, 24 de 1932, 27 de 1935, 13 de 1937, 46 de 1939, 20 de 1941, 23 de 1949, 37 de 1952, 1 de 1954 y 8 de 1955. Véanse los arts. 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20 (derecho de apelar ante el ministro), 21, 22 y 23.

namiento de los servicios públicos esenciales".⁵ La detención podía durar dos años. Por otra parte, el párrafo 4 del mismo artículo autorizaba al jefe del Gobierno a decretar, en lugar de una medida de detención, otras menos severas: destierro de determinadas localidades, prohibición de circular a ciertas horas, prohibición de salir del país y obligación de comunicar todos los desplazamientos a las autoridades gubernativas.

De conformidad con el artículo 4, el jefe del Gobierno podía, discrecionalmente, levantar una medida de detención preventiva y aplicar en su lugar las medidas de restricción previstas en el párrafo 4 del artículo 3, o algunas de ellas, y autorizar igualmente a los detenidos que fueran liberados a que partieran de Singapur para trasladarse al país que les acogiera.

El jefe del Gobierno podía también revocar toda medida de clemencia si consideraba que su beneficiario no había cumplido las

Ordenanza sobre la cuarentena y la prevención de epidemias, de 1940; arts. 66, 81 y 82.

Ordenanza sobre la lepra, de 1949; modificada por las Ordenanzas núms. 13 de 1950, y 8 de 1955, arts. 7, 9, 11, 16, 20 (liberación) y 23.

Ordenanza para la protección de niños y jóvenes, de 1950; modificada por la Ordenanza núm. 18 de 1954, arts. 5, 8, 23, 66, 68 a 72, 75 y 95 (revisión de las detenciones de niños internados en reformatorios).

Ordenanza sobre la expulsión de súbditos británicos, de 1952; véanse los arts. 5 y 7 en relación con las personas "indeseables" e "indigentes", y los arts. 9 y 12. Las personas "indeseables" o "indigentes" pueden ser detenidas 28 días como máximo. Puede presentarse a la autoridad judicial una exposición de las razones que se oponen a la medida de expulsión.

La Ordenanza sobre la inmigración de 1953; modificada por la Ordenanza núm. 22 de 1959. Véanse los arts. 35, 36, 34 (2)(derecho de verificación) y 38. Un individuo puede ser detenido por un periodo Máximo de 14 días y, según el art. 35, "por el periodo que resulte necesario para tomar las disposiciones relativas a su expulsión."

Código de Procedimiento Criminal, de 1955; modificado por las Ordenanzas núms. 10 de 1958 y 38 de 1959. Según el art. 35, las personas aprehendidas no pueden permanecer detenidas más de 24 horas, una vez deducido el tiempo necesario para el viaje desde el lugar de la captura hasta el juzgado de instrucción. Este artículo carece de efectos prácticos, pues el art. 55 de la Ordenanza por la que se dictan disposiciones provisionales en materia penal, de 1955, prescribe que el sospechoso podrá ser detenido (sin mandamiento de detención) por un periodo máximo de 16 días, siempre que su detención sea autorizada por un funcionario de policía del rango fijado.

⁵ Los servicios públicos esenciales se relacionan en el anexo I de la Ordenanza, v.gr.: aprovisionamiento de agua, gas electricidad, sanidad pública, extinción de incendios, establecimientos penitenciarios, correos, teléfonos, telégrafos, servicios portuarios y servicios de distribución de combustibles y lubricantes.

condiciones a que debía ajustarse o "si el interés público exigía revocar tal medida".

Según el artículo 5, las personas objeto de una de las medidas previstas en los artículos 3 y 4 de la Ordenanza podían interponer recurso ante los tribunales de apelación constituidos bajo la dirección del presidente del Tribunal Supremo. Cada tribunal de esta clase debía estar compuesto, por lo menos, de tres magistrados, de los cuales dos habían de ser magistrados de tribunal superior y uno de tribunal de distrito. Para que el acusado pudiera ejercitar su derecho de recurso, el jefe del Gobierno debía facilitarle una exposición de los motivos en que se fundaba su decisión y toda otra información que resultara útil para la defensa, pero sólo debía hacerlo de manera que fuera compatible con "las necesidades de la seguridad pública, la protección de los particulares y la necesidad de mantener secretas las fuentes de información".⁶ Mediante un procedimiento igualmente híbrido, las autoridades podían rechazar las peticiones de los tribunales en demanda de las informaciones que consideraran necesarias para examinar el asunto.

El gobernador, por decisión tomada en Consejo, podía fijar el procedimiento que debía seguirse ante los tribunales de apelación (artículo 5, párrafo 4). Según el artículo 7, los tribunales podían anular, modificar o confirmar las decisiones tomadas en virtud de los artículos 3 y 4, y presentar recomendaciones al jefe del Gobierno.⁷

Según el artículo 8, el hecho de que el detenido ejercitara o no su derecho a interponer recurso no impedía que su caso fuera revisado automáticamente por un funcionario que, de conformidad con el artículo 8, era nombrado por el gobernador y debía reunir las condiciones necesarias para ejercer funciones judiciales. La revisión debía efectuarse "como mínimo una vez cada seis meses", y el funcionario a cargo debía presentar por escrito sus recomendaciones al Consejo del Gobernador.

El artículo 10 confería a los tribunales de apelación y a los funcionarios revisores atribuciones idénticas a las de los tribunales ordinarios a los efectos de citar y oír testigos, recoger declaraciones bajo juramento y requerir la presentación de documentos. Estos funcionarios beneficiaban de la protección otorgada por el Código Penal a los miembros de la Administración y de las inmunidades conferidas a los magistrados judiciales.

⁶ Artículo 5, párrafo 2. El artículo 11 subraya el carácter discrecional de esta apreciación.

⁷ Véase, por ejemplo, la decisión del tribunal de apelación en los asuntos *re Fu Wu Mun y Lee Say Long*, tomada el 15 de noviembre de 1957 y reproducida en los periódicos *Straits Times* y *Tiger Standard*. Véase una crítica del ejercicio de las atribuciones del tribunal conferidas por el artículo 7 en la *University of Malaya Law Review*, vol. 1, págs. 343 y 344.

En octubre de 1958, se consideró necesario prorrogar por un año la validez de la Ordenanza sobre el mantenimiento de la seguridad pública (la núm. 38 de 1958). Un año más tarde su validez fue prorrogada por cinco años más, esto es, hasta 1964 (Ordenanza núm 65 de 1959). La Ordenanza de 1958 introdujo otra modificación importante en el texto primitivo: autorizó al jefe del Gobierno a que prolongara las medidas de detención o de vigilancia más allá del máximo de dos años, por periodos de hasta doce meses, prorrogables.

En cuanto a la Ordenanza de 1959, su artículo 5, que deroga el artículo 5 del texto primitivo, modifica la misma estructura del sistema al reemplazar los tribunales de apelación por comités consultivos. El artículo 3, párr. 1º, recibe una nueva redacción, pero – pese a lo que se ha pretendido ⁸ – no liberaliza de manera apreciable las atribuciones conferidas inicialmente al jefe del Gobierno, y luego al ministro ⁹, para reemplazar las medidas de detención por las de vigilancia. Estas medidas son virtualmente idénticas a las fijadas en el artículo 4, por las que se definen las condiciones para la suspensión de una medida de detención. ¹⁰

Cuando la reforma de 1959 fue examinada en la Asamblea Legislativa, el grupo poco numeroso de diputados de la oposición manifestó su inquietud el hecho de que se reemplazaran los tribunales de apelación, compuestos de jueces profesionales, por comités, constituidos por tres miembros de los que sólo uno, el presidente, debería poseer las calificaciones necesarias para ser juez. En lo sucesivo, los miembros de los comités serán nombrados por el Yang di-Pertuan Negara, o sea el jefe de Estado según la nueva Constitución. Básicamente, el procedimiento de apelación no experimenta cambios.

El Sr. A. P. Rajah ¹¹ declaró que, si bien la oposición aceptaba unánimemente la necesidad de prorrogar la validez de la Ordenanza, ponía en duda la oportunidad de suprimir los tribunales de apelación que habían funcionado siempre de manera satisfactoria.

⁸ Así lo afirmó el primer ministro, Sr. Lee Kuan Yew, con ocasión del debate celebrado en 1959 sobre la Ordenanza. Declaró que, conforme a la legislación precedente, las medidas de vigilancia sólo podían aplicarse a alguien que hubiera sido detenido previamente. Esta interpretación del artículo 3, en su redacción primitiva, parece inexacta. Véase *Singapore Legislative Assembly Debates*, 14 de octubre de 1959, vol. 11, núm. 11, col. 670.

⁹ El ministro de Gobernación.

¹⁰ La sola excepción afecta al derecho del ministro para autorizar al interesado a que regrese a su país de origen o se traslade al país que esté dispuesto a acogerle. Una adición al artículo 3, modificado, y al artículo 4, inciso b), permite añadir a las medidas restrictivas referentes a la residencia del interesado otras medidas restrictivas que afectan a sus actividades profesionales o de otra clase.

¹¹ Diputado por Farrer Park.

Subrayó luego la necesidad de que los órganos de apelación estuvieran formados por funcionarios que “obrarán con la absoluta imparcialidad de los magistrados”, pues de otro modo “desaparecerán los fundamentos del imperio de la ley”.¹²

El primer ministro, Sr. Lee Kuan Yew, había dicho antes¹³ que la enmienda propuesta tenía por objeto eximir a la autoridad judicial del cumplimiento de funciones que ésta consideraba como una obligación embarazosa, y se refirió a las objeciones de dos ex presidentes del Tribunal Supremo¹⁴ y a una carta dirigida al ministro jefe del Gobierno precedente por el entonces presidente interino del Tribunal Supremo Sr. Tan Ah Tah, al que se había consultado acerca de la posibilidad de aplicar el sistema durante un año más.

El Sr. Lee leyó de dicha carta lo siguiente:

“Mis colegas y yo opinamos unánimemente que es muy inconveniente que los tribunales de apelación establecidos por la Ordenanza sobre el mantenimiento de la seguridad pública estén constituidos por miembros del poder judicial... Consideramos que fue un error asociar a la administración de justicia con el funcionamiento de esos tribunales. Ahora bien, en vista de las razones expuestas en su carta en favor de prorrogar la validez de la Ordenanza y, en particular, en vista de las seguridades que usted me da de que el poder judicial sólo deberá prestar su concurso por un año más, los magistrados que componen el tribunal han aceptado, con gran renuencia, seguir ejerciendo sus servicios.”¹⁵

El primer ministro añadió¹⁶ que las atribuciones extraordinarias conferidas por la Ordenanza sobre el mantenimiento de la seguridad pública no habían sido asignadas jamás al poder judicial, ni siquiera, en último término, al Gobierno. En realidad, en materia de detención preventiva, la decisión definitiva incumbía al Consejo de Seguridad Interior,¹⁷ compuesto de tres representantes del Gobierno del Reino Unido, tres representantes del Gobierno de Singapur y un representante del Gobierno de la Federación Malaya.

Algunas de las detenciones efectuadas en virtud de la Ordenanza sobre el mantenimiento de la seguridad pública han sido impugnadas ante los tribunales,¹⁸ pero éstos han considerado que el artículo 3, párrafo 1º, confería al Gobierno un poder de apreciación discrecional; han rechazado, pues, las peticiones de *habeas*

¹² *Singapore Legislative Assembly Debates*, 14 de octubre de 1959, vol. 11, núm. 11, col. 676.

¹³ *Ibid.*, col. 668.

¹⁴ Sir Charles Murray-Aynsley y sir John Whyatt.

¹⁵ *Ibid.*, cols. 668 y 669.

¹⁶ *Ibid.*, col. 670.

¹⁷ Creado por la *Singapore (Constitution) Order in Council*, 1958, parte VII, artículos 64 a 71.

¹⁸ *Fu Wu Mun y Lee Say Long* (1957), decisiones no publicadas. *Re Choo Jee Jeng* (1959) 25 M.L.J. 217.

corpus siempre que el jefe del Gobierno o el ministro jefe han presentado una certificación según la cual el Consejo del Gobernador, o el Yang di-Pertuan Negara, "estaba convencido" de la necesidad de realizar la detención, y de que la decisión tomada era el resultado de este convencimiento.

En el asunto *Re Choo Jee Jeng (1959)*¹⁹, el abogado defensor formuló un nuevo argumento en otra tentativa para impugnar el poder discrecional de la Administración. Afirmó que, al aprobar el artículo 3, párrafo 1º, la Asamblea Legislativa había rebasado los límites de su competencia porque, al hacer referencia a "la seguridad de Malaya", pretendía que la disposición surtiera efectos fuera del territorio del Estado.²⁰

El magistrado, Sr. Ambrose, rechazó este argumento y subrayó que los mandamientos de detención decretados en virtud de la Ordenanza tenían carácter ejecutorio en la Federación Malaya de conformidad con el Reglamento núm. 26 de la legislación federal de excepción dictada en 1951 que, según el dictamen del Consejo Privado en el asunto *Wallace Bros. & Co. Ltd. v. Commissioner of Income Tax, Bombay (1948)* 75 1.A. 86, 98; A.1.R. 1948 P. C. 118; 52 C.W.N. 620, "versaba sobre cuestiones extraterritoriales".²¹ El eminente magistrado rechazó también el otro argumento en que se basaba la petición, por considerar que el tribunal no podía entrar en la apreciación de los motivos en que el gobernador fundaba su convencimiento, pues la Ordenanza fijaba criterios en armonía con los aplicados en el asunto *Liversidge v. Anderson*.²² Por añadidura, manifestó que, incluso si la Ordenanza no hubiese conferido atribuciones discrecionales, también habría rechazado la petición de *habeas corpus*, pues existía la posibilidad de interponer recurso ante el tribunal de apelación con arreglo al párrafo 1º del artículo 5.

El tribunal interpretó de manera análoga el artículo 55, párrafo 1º, de la *Criminal Law (Temporary Provisions) Ordinance*²³ en el asunto *In Re Ong Yew Teck (1960)*.²⁴ Se trataba también de una petición de *habeas corpus*. El peticionario había sido aprehen-

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ En el artículo 2 de la Ordenanza de interpretación y cláusulas generales se define "Malaya" de manera que abarca la Colonia de Singapur y la Federación Malaya.

²¹ Véase una crítica de esta decisión en la *University of Malaya Law Review*, vol. 1, págs. 361 y 362.

²² [1942] A.C. 206.

²³ Ordenanza núm. 26 de 1955; modificada por las Ordenanzas núms. 25 de 1958, 36 de 1958, 34 de 1959, 56 de 1959 y 43 de 1960.

²⁴ (1960) 26 M.L.J. 67.

dido y detenido ²⁵ por la policía, en virtud del artículo 55, por sospecharse que pertenecía a una sociedad secreta. Ong pretendía:

- 1) que había sido detenido ilegalmente pues el cabo policía que había efectuado la detención no pudo manifestar, como lo exigía el párrafo 1° del artículo 55, cuáles eran los motivos que, a su juicio, podían justificar la detención de conformidad con el artículo 47;
- 2) que el tribunal tenía plena competencia para examinar si había razones que justificaran la detención pues, a juicio del demandante, el artículo 55, párrafo 1°, exigía la observancia de criterios objetivos y no subjetivos.

El magistrado Sr. Chua, que examinó la petición, decidió que, habida cuenta de que el cabo sólo actuaba como "instrumento" del funcionario que había decretado la detención (el comisario adjunto interino de los servicios de policía) y no había recibido poderes discrecionales, debía interpretarse que sus actos habían sido ejecutados directamente por su superior. En cuanto a la segunda consideración, basada en el dictamen del Consejo Privado en el asunto *Nakkuda Ali* (1951), ²⁶ el eminente magistrado respondió que los límites de las atribuciones discrecionales conferidos por una disposición legislativa han de definirse teniendo presente el contexto de dicha disposición. Por consiguiente, si se pedía al tribunal que se pronunciara acerca de los fundamentos de una apreciación, sería necesario facilitarle todos los elementos de prueba. En otro caso, sería impropio pedirle que dictara sentencia. En el asunto *In Re Ong Yew Teck*, el funcionario declaró que proporcionar tales datos sería perjudicial para el interés público. ²⁷ Dado que el tribunal no había recibido información alguna que le hiciera creer que el funcionario

²⁵ Las disposiciones de la Ordenanza aplicables en la materia son las siguientes:
 Artículo 55 (1): "Todo funcionario de policía puede aprehender y detener, sin mandamiento, mientras dure la investigación, a toda persona con respecto a la cual existen sospechas, según la información a su alcance, que justifican su detención en virtud del artículo 47."

Artículo 47: "Siempre que esté convencido, con respecto a una persona, en libertad o en custodia, de que tal persona ha participado en actividades de carácter delictivo, el ministro puede, con el consentimiento del ministerio público, (a) decretar, si lo considera necesario para la seguridad, la tranquilidad y el orden público, que dicha persona sea detenida por un período que no rebase un año contado a partir de la fecha del decreto . . ."

Artículo 53: "Ninguna disposición de la presente Ordenanza, ni de los reglamentos de aplicación dictados en virtud del artículo 59, puede atribuir al ministro o a un funcionario público la obligación de revelar hechos cuya publicación considere incompatible con el interés público."

²⁶ *Nakkuda Ali v. M. F. de S. Jayaraine* (1951) A. C. 66.

²⁷ Como funcionario público, tenía derecho a hacerlo (artículo 53).

no había obrado de buena fe al actuar de la manera prescrita en el artículo 55, párrafo 1º, el tribunal no consideró justificado poner en duda su declaración.

El artículo 47, inciso b), de la misma Ordenanza autoriza al ministro a colocar bajo la vigilancia de la policía a los individuos sospechosos de actividades criminales, "por un periodo de hasta tres años".²⁸ Según el artículo 48, párrafo 1º, toda decisión por la que se decreta una medida de detención o vigilancia ha de presentarse, con una demora máxima de veintiocho días, a un comité consultivo compuesto de dos personas por lo menos,²⁹ a los que no se requiere tener calidad profesional determinada. Los comités consultivos establecidos por el artículo 48 han de consignar en un informe escrito las decisiones que se presentan a su examen, y pueden formular recomendaciones al Yang di-Pertuan Negara, a quien se comunican los informes. El Yang di-Pertuan Negara puede anular, confirmar o modificar las conclusiones de los comités "como considere conveniente". El artículo 52 confiere a los miembros de los comités las mismas atribuciones y prerrogativas que las asignadas a los funcionarios equiparables por el artículo 10 de la Ordenanza sobre el mantenimiento de la seguridad pública.

Todo funcionario de policía puede detener sin mandamiento a personas "con respecto a las cuales tenga razón para creer que existen motivos que justifican su detención en virtud del artículo 47", por un periodo máximo de veinticuatro horas. La detención puede prolongarse veinticuatro horas más por decisión de un funcionario cuyo rango sea, por lo menos, el de comisario adjunto, y catorce días más por decisión de un funcionario cuyo rango sea, por lo menos, el de comisario, si el funcionario considera imposible realizar las investigaciones necesarias dentro de dicho periodo (artículo 55).

BERNARD BROWN *

²⁸ El artículo 29 enumera las medidas de vigilancia que pueden tomarse. Puede decretarlas discrecionalmente el ministro, quien está facultado para derogarlas, modificarlas o completarlas mediante notificación por escrito al interesado. Imponen a éste ciertas obligaciones con respecto al lugar de residencia y las horas en que está autorizado a salir de su domicilio. Las personas objeto de vigilancia no pueden partir de Singapur sin autorización y han de comunicar a la policía sus cambios de domicilio. Puede imponérseles la obligación de presentarse periódicamente a la policía. Toda infracción a las obligaciones que se impongan es un delito de conformidad con el artículo 49 A (3), por el que puede incurrirse en encarcelamiento por un periodo de uno a tres años. Véanse también los artículos 49 B, 49 C y 49 D, que definen las penas que se impondrán a los infractores de sus disposiciones. Acerca del artículo 49 A (1), véase el asunto *Public Prosecutor v. Chua Siang Kang*, Magistrate's Appeal núm. 184 de 1960 (decisión todavía no publicada).

²⁹ Artículo 51.

* Profesor adjunto de derecho, Universidad de Malaya, Singapur.

LA DETENCION PREVENTIVA Y EL ARRESTO GUBERNATIVO EN LA U.R.S.S.

La detención preventiva y el arresto gubernativo, distintos de la privación de libertad impuesta por una condena judicial, han evolucionado a través de los distintos períodos del régimen soviético. El examen de su historia en las distintas fases del régimen soviético nos puede facilitar la mejor comprensión del estado actual del sistema. En las páginas siguientes se reproduce tal estudio.

I. PRIMER PERIODO (1917-1923)

Durante el primer período de 1917 a 1923, no se puede decir realmente que hubiera tribunales en la Unión Soviética. Uno de los primeros decretos de 24 de Noviembre de 1917 (7 de Diciembre según el Calendario nuevo) abolió todos los tribunales hasta entonces existentes, fueron destituidos todos los fiscales y se disolvieron los Colegios de Abogados existentes¹. Los tribunales de primera instancia de nueva creación eran constantemente reorganizados y no fué hasta 1923 cuando se estableció un auténtico sistema de tribunales. Hasta aquel entonces no había nada dispuesto en cuanto a los tribunales de instancias superiores.

De hecho, las actividades de la Vetcheca y de los "Tribunales revolucionarios" se superponían completamente a la acción de los Tribunales ordinarios.

A. La Vetcheca y la Checa

Casi desde los comienzos mismos del régimen soviético, entró en funcionamiento una organización administrativa con poderes ilimitados para la imposición no solo de penas de privación de libertad sino incluso penas de muerte. Este organismo era la Checa, nombre derivado de las iniciales rusas del título de este organismo Chrez-Vytchainaia Kommissiia, que significa Comisión extraordinaria, conocida también como la Vetcheca, nombre derivado de las iniciales de Vserossiiskaia Chrez-vytchainaia Kommissiia o Comisión extraordinaria para toda Rusia.

No se puede afirmar con seguridad la fecha exacta de la creación de esta organización. Cuando con ocasión de su vigésimo ani-

¹ Recopilación de las Leyes de la R.S.F.S.S., 1918, texto nº 50.

versario fué necesario determinarla, lo único que se pudo publicar consistió en un pequeño resumen de la discusión sobre este asunto en una sesión del Consejo de Comisarijs del Pueblo. A continuación se cita el pasaje en cuestión.

En la sesión celebrada por el Consejo de Comisarios del Pueblo el 6 de Diciembre (19 de Diciembre según el nuevo Calendario ruso) de 1917, Lenin planteó el problema de la lucha contra la contrarrevolución y el sabotaje. La cuestión fué discutida por el Consejo el día siguiente 7 de Diciembre (20 de Diciembre según el nuevo Calendario ruso), en que se presentó un informe de F. E. Dzerzhinsky sobre la organización y la composición de la Comisión para la lucha contra el sabotaje (Vetcheca). El proyecto del Decreto sobre la lucha contra la especulación y la contrarrevolución fué posteriormente objeto de varios debates en las sesiones del Consejo de Comisarios del Pueblo de los meses de Diciembre de 1917 y Enero de 1918, pero como su redacción no era bastante satisfactoria, no fué promulgado nunca. Parece ser que este proyecto de decreto fué redactado el 7 de Diciembre (o sea el 20) o el 8 de Diciembre (o sea el 21), cuando se planteó la cuestión por primera vez.²

La reciente historia semioficial del Derecho Penal soviético dice concretamente que "el decreto de organización de la Vetcheca no fué publicado nunca".³ Además en el mismo trabajo se dice que "la Comisión extraordinaria para toda Rusia y las comisiones locales extraordinarias ejercieron sus actividades durante un año sin haber sido dotadas de ningún estatuto".⁴

Se puede opinar que aunque los tres estatutos aparecieron posteriormente, el 2 de Noviembre de 1918, el 17 de Febrero de 1919 y el 18 de Marzo de 1920,⁵ la Vetcheca continuó disfrutando de amplios e ilimitados poderes.

² El vigésimo aniversario de la Vetcheca-O.G.P.U.-N.K.V.D., Moscú 1938, página 10, nota 1.

³ A. Gertsenzon y otros, Historia del Derecho Penal soviético, 1948, página 83.

⁴ Ibid. páginas 98 y 99. Una colección de documentos titulada "De la Historia de la Vetcheca" fué publicada en 1958. Con el título "Resumen del acta núm. 21 de los debates sobre la creación de la Vetcheca del Consejo de los Comisarios del Pueblo se encuentra en esta colección un protocolo no muy exacto, fechado el 7 de Diciembre de 1917. Se dice en el mismo que el Consejo "oyó el informe de Dzerzhinsky sobre la organización y composición de la Comisión para la lucha contra el sabotaje" y que se resolvió "designar a la Comisión con el nombre de Comisión extraordinaria para toda Rusia agregada al Consejo de los Comisarios del Pueblo para luchar contra la contrarrevolución y el sabotaje, lo cual ha producido como resultado la confirmación de su creación". El resto del acta está constituido por abreviaciones que indican las tareas de la Comisión y limitan sus facultades a la investigación. Más parecen unas notas tomadas durante la sesión que un acta formal al final de la misma. Este libro contiene también una cita tomada del Izvestia del 10 de Diciembre de 1917, nº 248, que consiste en cuatro líneas declarando que el Consejo de los Comisarios del Pueblo había creado una Comisión y mencionado su dirección. No se decía una palabra sobre sus facultades.

⁵ Recopilación de las Leyes de la R.S.F.S.R., texto 842; id., 1919, texto 130; id., 1920, texto 75.

... La Vetcheca tenía a su cargo no solamente una función de investigación y contraespionaje sino también la instrucción de los delitos en materia penal y la aplicación de una justicia sumaria a los enemigos del pueblo. *La Vetcheca no se regía por ninguna de las normas de Derecho Penal regularmente promulgadas.* ⁶

Krylenko, ex-Comisario del Pueblo para la Justicia, definió las actividades de la Checa del siguiente modo:

La Checa estableció un método *de facto* para juzgar de los casos sin tener que seguir el procedimiento judicial... En ciertos lugares, la Checa asumió no solo el poder de tomar decisiones contra las que no cabía apelación, sino también la inspección sobre el funcionamiento de los Tribunales ordinarios. La característica más sobresaliente de sus actividades fué la de una represión brutal y el secreto más absoluto sobre lo que sucedía en su recinto... Las decisiones finales sobre la vida o la muerte de los acusados eran en firme y sin apelación... se aprobaban... y no había reglamentos que establecieran el procedimiento o su jurisdicción. ⁷

En uno de los decretos que trataba de los poderes de la Checa se afirmaba entre otras cosas que la Checa tenía el poder de internar en un campo de concentración durante un período no superior a los cinco años "a las personas culpables de infracciones de la disciplina en el trabajo y del orden revolucionario, y a los elementos parásitos de la población *en caso de que la encuesta no proporcione elementos de prueba suficientes para incoar un proceso*" ⁸. Una Orden no. 48 del Presidium de la Checa, con fecha de 17 de Abril de 1920, inserta en una publicación de la Checa, declaraba: "La Ley ha otorgado a la Checa el poder de reducir a prisión por el procedimiento administrativo a las personas... *que el tribunal más severo absolvería siempre o en la mayoría de los casos*" ⁹.

Latsis, uno de los dirigentes de la Checa, escribió dos obras de divulgación sobre las actividades de la misma, intituladas "*Dos años de lucha*" (publicado en 1920) y "*La Comisión extraordinaria para la lucha contra la contrarrevolución*" (publicada en 1921). ¹⁰ En estos dos libros se describen las actividades de la organización en términos que no dejan lugar a dudas sobre si estuviera limitada por alguna ley, es decir, que eran ilegales desde todos los puntos de vista. Es lo que se desprende de lo que a continuación se cita:

Al no ser un órgano judicial, las actuaciones de la Checa son de carácter administrativo... no juzga al enemigo sino que lo elimina... La medida extrema consiste en el fusilamiento... La segunda es el aislamiento en

⁶ Op. cit. Nota 3, páginas 98 y 99.

⁷ Krylenko: "Las instituciones judiciales en la R.S.F.S.R., Moscú, 1923, páginas 322 y 323.

⁸ Decreto de 18 de Marzo de 1920, Recopilación de las Leyes de la R.S.F.S.R., 1920, texto 75.

⁹ Apéndice de Krylenko, op. cit., nota 7, pag. 371.

¹⁰ Los títulos originales en ruso son como sigue: *Dva goda bor'by*, 1919 y *Chrezvychnaia Kommissiia po bor' beskontrevolutsiei*, 1920.

campos de concentración. La tercera consiste en la confiscación de los bienes... Los contrarrevolucionarios actúan en todos los aspectos de la vida... Por consiguiente no hay aspecto de la vida donde no trabaje la Checa. Controla los asuntos militares, aprovisionamiento de comestibles, educación... etc. Con sus actividades procura hacer una impresión tal en el pueblo de tal manera que la mera mención de su nombre baste para hacer que se desvanezca cualquier deseo de hacer sabotajes, fraudes y conspiraciones.¹¹

La primera de estas dos obras contenía una estadística de las penas impuestas por la Checa y otras medidas de seguridad adoptadas por la misma. Las cifras que se dan están, según el informe, lejos de ser completas e incluyen solo 20 provincias en el año 1918 y 15 provincias en el año 1919 de un total de unas 80 controladas por los soviéticos. Dice el informe: "Este cuadro es incompleto". En 1918 y durante los seis primeros meses de 1919, un total de 14.480 personas fueron fusiladas por los pelotones de fusilamiento, 9.498 fueron detenidas en las campos de concentración, 34.332 fueron encarceladas, 15.111 cogidas como rehenes y 86.895 fueron detenidas.¹²

B. Los Tribunales Revolucionarios

Los Tribunales llamados revolucionarios, únicos rivales de la Checa, de tribunales solo tenían el nombre. Según Krylenko, "dentro de su jurisdicción, los Tribunales revolucionarios gozaban de la más absoluta libertad en el ejercicio de su tarea represiva y en la apreciación de la pena imponible y las sentencias de muerte por fusilamiento se dictaban todos los días".¹³ No había ninguna disposición que garantizase a los sospechosos el derecho a la defensa ante los Tribunales. Refiriéndose a los palabras de Karl Marx según el cual se puede fusilar a los adversarios políticos pero no juzgarlos, Stuchka, por aquellos tiempos Comisario de Justicia, escribió que los Tribunales revolucionarios "ni siquiera intentaban ser tribunales".¹⁴

Un Decreto del 16 de Junio de 1918 declaraba que "los Tribunales Revolucionarios no están sometidos a ninguna limitación en la elección de las medidas a tomar para combatir el sabotaje, la contrarrevolución, etc., con excepción de los casos para los que la ley fijara la sanción indicando el grado mínimo de pena imponible".¹⁵ Decretos posteriores confirmaron que los Tribunales "no están limitados por restricción alguna en la elección de la pena".¹⁶ Los Tri-

¹¹ Latsis: Chrezvychainaia Kommissiia, páginas 8, 15, 23 y 24.

¹² Latsis: Dva goda bor'by, páginas 75 y 76.

¹³ Krylenko: op. cit., nota 7, p. 205.

¹⁴ Cita extraída de Krylenko, op. cit., nota 7, p. 52.

¹⁵ Recopilación de las Leyes de la R.S.F.S.R., 1917—1918, texto 553.

¹⁶ Id. 1919, texto 130, art. 4; texto 132, art. 1º; id. 1920, texto 115, art. 1º.

bunales recibieron instrucciones para que dictaran sus fallos guiándose “exclusivamente por los intereses de la revolución”¹⁷ o “única y exclusivamente por las circunstancias del caso y por su conciencia revolucionaria”.¹⁸ El emplazamiento de los testigos así como la admisión de un abogado defensor eran dejados a la discreción de los Tribunales.¹⁹ En cuanto a ciertos Tribunales especiales se declaró que no estaban “limitados por ninguna forma de procedimiento judicial”.²⁰ Por otra parte, los decretos mencionaban la necesidad de celebrar juicios en audiencia pública y con la asistencia del acusado si éste se encontraba a disposición del Tribunal.²¹

C. Los Tribunales creados por los nuevos Códigos

Una nueva era parece haber comenzado en 1922 con el sistema político más liberal de la *Nueva Política Económica* (N.E.P.). Junto con la admisión restringida dentro de la Economía de la empresa privada, los derechos de la persona fueron también reconocidos, aunque con algunas reservas. Se instauraron tribunales con una organización más o menos estable, los cuales se suponía que aplicaban el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada en 1922.

Una Ley judicial de 1923 estableció un sistema definitivo y uniforme de tribunales, el cual ha subsistido en lo esencial hasta hoy día. La función del Ministerio Público (Fiscales gubernamentales-*Prokuratura*) fué también restablecida. Los Tribunales Revolucionarios desaparecieron pero algunos de sus rasgos peculiares fueron mantenidos en los nuevos tribunales. Los tribunales fueron establecidos como instrumentos obedientes de la política del Gobierno y del Partido Comunista. El establecimiento de los tribunales no produjo ninguna separación entre el poder judicial y el ejecutivo. La doctrina de la separación de los poderes es rechazada por los ideólogos soviéticos en general y la de la separación del poder judicial del poder ejecutivo en particular. Este principio director de la organización de los tribunales continúa rigiendo en nuestros días. A este respecto, en sus conferencias del año 1923, Krylenko afirmaba:

Ningún tribunal ha estado nunca encima de los intereses de la clase; si tal tribunal existiera, no sabríamos que hacer con él... Nosotros consideramos al tribunal como una institución de clase, como órgano del poder gubernamental, y los establecemos como un instrumento completamente bajo el control de la primera línea de la clase trabajadora...

¹⁷ Id. 1919, texto 504, art. 1º; 5; texto 549, art. 549; od. 1920, tex. 115, art. 24.

¹⁸ Id. 1919, texto 132, art. 25; id. 1920, texto 115, art. 24. Con respecto a los Tribunales militares, id. 1919, texto 151.

¹⁹ Id. 1919, texto 130, art. 4 c); texto 132, art. 17, 20; id. 1920, texto 15, art. 17, 19.

²⁰ Id. 1919, texto 504, art. 1º, 3.

²¹ Id. 1917—1918, texto 170, art. 4, 6; id. 1919, texto 130, art. 4 c); texto 132, art. 19; texto 549, art. 25; id. 1920, texto 115, art. 8.

Nuestro tribunal no es un órgano independiente del poder gubernamental . . . por lo tanto no puede ser organizado de otro modo que situándolo bajo la autoridad del Soviet, el cual puede asimismo disolverlo.²²

La misma idea mantenía Vyshinsky en 1936:

El tribunal del Estado Soviético es una parte inseparable del conjunto de la maquinaria gubernamental . . . Es el Gobierno el que fija la posición del tribunal en el sistema de administración soviética. La Línea general del Partido Comunista constituye la base de todo el mecanismo gubernamental de la dictadura del proletariado y también constituye la base de trabajo del tribunal . . . El tribunal no tiene ninguna función privada que le diferencie de los demás órganos del poder gubernamental o que le dote de una naturaleza particular.²³

Esta opinión se repite en tratados más recientes sobre el poder judicial:

La independencia de los jueces frente a influencias locales no significa en modo alguno que los jueces estén aislados o separados de los demás órganos de la Administración pública, ni que en el cumplimiento de sus funciones tengan libertad para apartarse de la observación de la línea general del Partido (Comunista) o para dejar de mantener la política general del Gobierno.²⁴

Los nuevos Códigos han heredado como marca de nacimiento las prácticas del primer período. Según Stuchka, Comisario de Justicia por entonces, el nuevo Código Penal consistía en "una codificación sobre bases teóricas de las antiguas prácticas revolucionarias".²⁵ Los dirigentes soviéticos, por citar de nuevo a Krylenko,²⁶ no tenían intención de "atarse las manos", por consiguiente el Código Penal deja amplio margen de discrecionalidad para la imposición arbitraria de las penas. De igual modo, Lenin afirmó que "los tribunales no pondrán fin al terror; prometer tal cosa sería engañarnos a nosotros mismos y a los demás".²⁷ De este modo, los tribunales soviéticos nuevamente creados se distanciaban de los principios aplicados en la administración de justicia en Occidente y en la Rusia Imperial.

Los jueces eran nombrados solamente por períodos muy cortos,

²² Krylenko, op. cit., nota 7, páginas 27 y 42; 177, páginas 14 y 15.

²³ Vyshinski y Undrevich: Curso de Procedimiento Penal (Vol. I: El Poder judicial, 1936) páginas 7, 8, 23, 24, 28 y 29.

* M. Gsovski, cuyo reciente fallecimiento hemos señalado con sentimiento en el editorial, era uno de los autores de la obra "Government, Law and Courts in the Soviet Union", de la que hemos dado cuenta en la Revista, tomo II, vol. 2, páginas 221 y sigtes.

²⁴ Q let sovetskogo prava (Cuarenta años de Derecho soviético), Leningrado, 1957, vol. 2, p. 568.

²⁵ Stuchka: Curso de Derecho Civil Soviético, vol. I, introd., 1931, p. 85.

²⁶ Krylenko: Proyecto de Código Penal, en Sovetskoe gosudarstvo, N^o. 1, 1935, p. 86.

²⁷ Lenin, Obras, 3a ed. (rusa), vol. 27, p. 296.

(un año los jueces de los tribunales superiores), siendo destituidos frecuentemente con anterioridad a la terminación de sus funciones. En nuevo Código Penal permitía la imposición de una pena no solamente por la ejecución de un acto exactamente delimitado en el Código, sino también por actos que simplemente se parecían a los configurados en el texto legislativo. El Código autorizaba de una manera expresa la imposición de penas por analogía de acuerdo con el art. 12 del Código de 1922 y el art. 16 del de 1926. Un rasgo característico de la Ley de Enjuiciamiento Criminal consistía en que los Tribunales Provinciales (posteriormente regionales) podían rehusar la "admisión de cualquier persona legalmente autorizada a actuar como abogado defensor si el Tribunal consideraba que la presencia de tal persona en el Tribunal no resultaba conveniente en un caso particular, teniendo en cuenta el carácter especial del mismo"²⁸. Además, el Tribunal Provincial podía juzgar del caso en ausencia de ambos representantes, de la defensa y del Ministerio público. En el artículo 281 del mismo Código se dice:

En los juicios ante los Tribunales Provinciales no es obligatoria la presencia de los representantes de la defensa y del Ministerio público; en cada caso, el Tribunal reunido en sesión ejecutiva adoptará su decisión según la complejidad del caso, el grado de evidencia de las pruebas de culpabilidad y según los especiales intereses políticos o públicos que estén en causa.

El Tribunal Provincial tiene que admitir o designar un abogado defensor si el Ministerio público ha sido admitido a juicio.

La renuncia al abogado defensor por parte del acusado no impedirá la admisión del Fiscal.

Así, los nuevos tribunales disponían de un ágil y obediente instrumento de represión. Se planteó la cuestión de la disolución de la Vetcheca. El primer Decreto sobre el particular, aparecido el 30 de Diciembre de 1921, prometía oficialmente que "lucha contra las infracciones de las leyes de la República soviética sería confiada a los organismos judiciales".²⁹

Lo mismo se afirmó de nuevo en el Decreto del 26 de Febrero de 1922 que abolió la Vetcheca: "En el futuro, todos los delitos contra el régimen soviético y las infracciones de las leyes de la R.S.F.S.R. serán juzgadas exclusivamente por los Tribunales".³⁰

Pero esta promesa no fué observada y la disolución de la Vetcheca no significó que los tribunales tuvieran el monopolio absoluto de la persecución criminal. A la Vetcheca le sucedieron distintas organizaciones, las cuales trabajaron paralelamente a los tribunales y así se estableció un sistema doble de acción penal. Al mismo tiempo que los tribunales, ha venido actuando un organismo

²⁸ Código de Procedimiento Penal de la R.S.F.S.R., art. 382.

²⁹ Recopilación de las Leyes de la R.S.F.S.R., 1921, texto 92.

³⁰ Id., 1922, texto 160.

administrativo de seguridad pública bajo nombres distintos y con amplios y poco definidos poderes: de 1922 a 1934, este organismo se denominó G.P.U. (Administración Política Estatal)³¹ y O.G.P.U. (Administración Política del Estado Federal); de 1934 a 1946, se llamó N.K.V.D. (Comisariado del Pueblo para el Interior)³²; de 1946 a 1954, M.V.D. (Ministerio del Interior)³³; posteriormente la M.G.B. (Ministerio de la Seguridad Pública)³⁴; y desde 1954 es conocida como la K.G.B. (Comité de la Seguridad Pública)³⁵

Cualquiera que fuese su nombre, los poderes y las actividades de esta organización fueron muy escasamente definidos por la Ley. Parece que por el mero hecho de existir, esta organización haya sido dotada de todos los poderes necesarios para el cumplimiento de sus funciones, es decir, para la defensa de la seguridad del régimen. La continuidad entre las actividades y los poderes de la Vetcheca y los de la actual organización de seguridad ha sido claramente reconocida en un estudio soviético relativamente reciente sobre la historia de las Leyes penales soviéticas que dice así: "Durante el primer año de su actividad (de la Vetcheca) se han establecido los principios y las tradiciones del trabajo chequista, las cuales durante un cuarto de siglo han asegurado el funcionamiento de las actividades represivas de la Vetcheca, G.P.U., N.K.V.D., M.V.D. y M.G.B."³⁶

II. LA O.G.P.U. Y LOS TRIBUNALES

Consideramos ahora las disposiciones legales que tratan de las organizaciones de seguridad. El sucesor inmediato de la Vetcheca fué la O.G.P.U. En cada una de las Repúblicas soviéticas, se estableció como una parte integrante de sus Comisariados del Pueblo para el Interior, con anterioridad a la formación de la Unión Soviética en 1923. En aquel momento no se creó un Comisariado Federal para el Interior y la G.P.U. se convirtió en un organismo federal autónomo, directamente dependiente del Consejo de Ministros, bajo el nombre de O.G.P.U. Las disposiciones constitucionales apropiadas (Constitución de 1922, artículos 61 al 63) nada decían sobre los poderes de la O.G.P.U., siendo definidas sus funciones con términos muy generales, tales como "unir los esfuerzos revolucionarios de las Repúblicas constituyentes en su lucha contra el bandidaje y la contrarrevolución política y económica. Evidentemente, la O.G.P.U. heredó los poderes de la G.P.U. El Estatuto de 6 de Febrero de

³¹ Gosudarrstvennoe politicheskoe upravlenie.

³² Obedinenny Narodny Kommissariat Vnutrennikh Del, o Narkovnudel.

³³ Ministerstvo Vnutrennikh Del.

³⁴ Ministerstvo Gosudarstvenno Bezopasnosti.

³⁵ Komitet Gosudarstvennoï Bezopasnosti.

³⁶ Gertsensen, op. ci., nota 3, páginas 98 y 99.

1922³⁷ concedía ciertos poderes a los agentes de la G.P.U. Todos estos agentes podían proceder a efectuar arrestos, registrar domicilios, incautarse de objetos dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al acto reprimido. Después de las cuarenta y ocho horas se necesitaba un permiso de la dirección de la G.P.U. La acusación tenía que ser notificada al detenido antes de las dos semanas. Al terminar un período de dos meses, el procesado tenía que volver a comparecer ante el Tribunal o debía ser puesto en libertad; para prorrogar su “detención incomunicado” se necesitaba una orden expresa del Comité Central de la G.P.U. y no del Tribunal. De nuevo recibió la G.P.U. la misión expresa de no transferir a los Tribunales más que las infracciones de derecho común o “delitos comunes”, lo cual significaba que el examen de los delitos especiales, esto es de los más importantes quedaban bajo la jurisdicción de la G.P.U.³⁸ Además, los Decretos del 10 de Agosto y 16 de Octubre de 1922³⁹ autorizaban a la G.P.U. a “desterrar y confinar en un campo de trabajos forzados” durante un período de tres años como máximo a los “miembros activos de partidos anti-soviéticos” y los delincuentes dos veces procesados por bandidaje, falsificación de moneda, contrabando, rapto, gamberrismo, hurto, robo, falsificación de documentos, adulteración de mercancías y tenencia ilícita de armas de fuego. Hay que notar que el mero hecho de haber sido procesado con anterioridad era suficiente para internar al procesado en un campo de trabajos forzados y el destierro podía ser aplicado a una gran variedad de delitos políticos y no políticos. El Decreto de 16 de Octubre de 1922 autorizaba a los órganos de la G.P.U. a sentenciar a muerte y fusilar en el acto en el lugar donde estuvieren los bandidos y agresores que fuesen cogidos in fraganti. El Estatuto de la O.G.P.U. de 15 de Noviembre de 1923⁴⁰ no dice nada sobre la pena de muerte con excepción de una referencia al anteriormente mencionado Decreto de 16 de Octubre de 1922. Pero cualquiera duda sobre este particular desapareció cuando se publicó una interpretación a posteriori por el Comité Ejecutivo Central el 14 de Marzo de 1933, la cual conformaba el derecho de la O.G.P.U. “a aplicar todas las medidas de represión necesarias conforme a las características particulares del crimen”.⁴¹ Dos días antes de esta fecha, apareció en Izvestia una breve nota comunicando que en el caso de los 80 detenidos, 36 habían sido condenados a muerte y fusilados, publicándose una relación nominal de éstos; y el resto de

³⁷ Recopilación de las Leyes de la R.S.F.S.R., 1922, punto 160.

³⁸ Id. 1922, texto 160.

³⁹ Id. texto 646 y 844.

⁴⁰ Vestnik, 1923, n^o 6, punto 225.

⁴¹ Recopilación de las Leyes de la U.R.S.S., 1933, texto 108.

los procesados habían sido condenados a diversas penas de prisión.⁴²

De este modo, la O.G.P.U. era el verdadero sucesor de la Vetcheca. Sus actividades de investigación se mencionaban expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal destinado al uso de los Tribunales. El Código disponía expresamente que la instrucción de algunos casos se conducía no por los agentes de la investigación subordinados al Ministerio público, sino por los organismos de seguridad, es decir, por la O.G.P.U., posteriormente N.K.V.D., M.V.D., M.G.B. y K.G.B. También decía la Ley que ciertos Reglamentos especiales (los cuales no han sido publicados nunca o han sido mantenidos en secreto), determinarían los casos especiales en los que la instrucción del proceso quedaría reservada a los organismos de seguridad (ver el art. 108, párrafo 2° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de la R.S.F.S.R.). En cuanto al "procedimiento de confirmación de las detenciones efectuadas por los organismos de la G.P.U.", su determinación quedaba también reservada, según la misma Ley, a los mismos Reglamentos especiales anteriormente mencionados (Nota del art. 104 de la misma Ley). En 1928, Krylenko escribió que este procedimiento venía regulado por "instrucciones secretas que legalmente deben mantenerse como tales y desconocidas por la masa de la población".⁴³

Estas instrucciones no han sido publicadas nunca (ver también más abajo la reciente legislación federal en materia de procedimiento criminal). En otras palabras, las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento criminal sobre el arresto previo al juicio no obligan a los organismos de seguridad cuando instruyen casos que dependen de la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

Durante el período de la O.G.P.U., una de cuyas actividades más importantes y que mayor desarrollo adquirió fué la de los campos de trabajo forzado, posteriormente llamados campos de trabajo correccional, las penas de prisión superiores a tres años debían cumplirse en estos campos. Finalmente fueron transformados en una organización en gran escala de trabajos forzados, que desempeñó un papel de la mayor importancia en la economía soviética.⁴⁴

La grandeza de tales proyectos queda revelada por las cifras oficialmente publicadas de amnistías y de reducciones de penas

⁴² El texto de este comunicado y otros detalles sobre la interpretación a posteriori en cuestión, puden encontrarse en la obra de Gsovski "Administration of Justice in the Soviet Union", capítulo 15, título 8, páginas 570 a 572; ver también la obra de Gsovski y Grzybowski "Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe", 1959, página 570 y siguientes.

⁴³ Krylenko, op. cit.

⁴⁴ Ver de nuevo la obra de Gsovski "Administration of Justice, Soviet Union in Government, Laws and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe", Londres y Nueva York, 1959, p. 572.

concedidas a la terminación de estos dos proyectos. A la terminación de los trabajos para la construcción del Canal que une el Mar Báltico con el Mar Blanco, 72.000 presos obtuvieron la amnistía o reducciones de la duración de sus penas; cuando se terminó el Canal de Moscú al Volga, se concedió la amnistía a 50.000 presos.⁴⁵

III. LA N.K.V.D., LA M.V.D. Y LA K.G.B.

Las facultades de la organización encargada de velar por la seguridad del Estado fueron objeto de una nueva reglamentación jurídica al ser transformada en Comisariado del Pueblo para el Interior (N.K.V.D.) en 1934, y más tarde, en 1946, Ministerio del Interior (M.V.D.) Por aquella época, varias leyes promulgadas en forma de resoluciones del Comité Ejecutivo Central extendieron la jurisdicción de la N.K.V.D. más allá de los límites de la antigua O.G.P.U. El nuevo Comisariado, quedó encargado, como lo estaba la O.G.P.U., de “la seguridad del orden revolucionario y del Estado”, “la protección de la propiedad pública (socialista)” y “la vigilancia de las fronteras”. También estaba encargado de algunas funciones extraordinarias tales como el mantenimiento de las estadísticas demográficas, la dirección de todas las instituciones penales y la expedición de los permisos de viaje, con facultades para denegar el permiso de residencia en las grandes ciudades, etc. Muy importantes para este estudio son dos leyes, una del 10 de Junio y otra del 5 de Noviembre de 1934⁴⁶. Estas leyes autorizaron a la N.K.V.D. a aplicar las siguientes penas a las personas que fueran consideradas por la organización como “socialmente peligrosas”, a saber: hasta cinco años de detención en un campo de trabajo correccional, prorrrogables un número ilimitado de veces; confinamiento en alguna localidad determinada con o sin trabajos forzados; prohibición de residir en ciertos lugares durante el mismo período de tiempo o destierro fuera del territorio de la Unión. No era necesario que tales personas estuvieran acusadas de ningún delito concreto. La Ley solo requería que fueran consideradas por la N.K.V.D. (posteriormente M.V.D.) como “socialmente peligrosas”. La aplicación de estas medidas fue confiada a una comisión especial establecida en el Ministerio, la cual estaba compuesta por altos funcionarios de la N.K.V.D. y por el Procurador General. La imposición de la pena de muerte no era mencionada en ninguna de las resoluciones referentes a la N.K.V.D.

Durante la Segunda Guerra Mundial, la N.K.V.D., y posteriormente la M.V.D., fueron respectivamente divididas en dos departa-

⁴⁵ Recopilación de las Leyes de la U.R.S.S., 1933, texto 294; id., 1937, texto 180.

⁴⁶ Recopilación de las Leyes de la U.R.S.S., 1934, textos 283 y 284; id., 1935, texto 84.

mentos y luego unificadas. Uno de estos departamentos continuó con su antigua denominación y el otro fué llamado Comisaría (o Ministerio) de la Seguridad Pública. El Ministerio del Interior retuvo el poder de condenar a penas de destierro. En 1954, se creó un Comité de Seguridad Pública (K.G.B.)⁴⁷ presidido por Serov, alto funcionario de la M.V.D. Este Comité en tiempos de la O.G.P.U. estaba directamente agregado al Consejo de Ministros. Sus poderes y su jurisdicción no fueron nunca delimitados por ley o decreto. Según un texto de Derecho para uso de los estudiantes universitarios, resulta claro que todos los servicios de investigación de la M.V.D. fueron transferidos al Comité de Seguridad Pública⁴⁸ Este Comité también tiene delegaciones locales y en las distintas repúblicas se implantaron otros comités similares.⁴⁹ Por todo lo anterior, se puede deducir que todos los servicios de seguridad de la M.V.D. son ahora organismos del Comité de Seguridad Pública, el cual a todos los efectos es el sucesor de la M.V.D., tal como lo describen los manuales de la Universidad.⁵⁰

Se puede decir que hasta Diciembre de 1958, se daban grandes facilidades para la detención de los ciudadanos como medida preventiva o de seguridad. La aplicación de estas medidas estaba muy escasamente regulada por la legislación y se dejaba un amplio margen a la discrecionalidad del Poder ejecutivo.

IV. SITUACION DESPUES DE LA REFORMA DE 1958

El 25 de Diciembre de 1958 se reformó de una manera radical el Derecho Penal y el procedimiento criminal.⁵¹ Para darse cuenta de su verdadera importancia, conviene hacer algunas observaciones sobre el federalismo soviético.

La Unión Soviética es una Federación de 15 Estados soviéticos denominados Repúblicas. Según la última enmienda a la Constitución Federal de 1957⁵², la legislación federal contiene solo "los principios fundamentales" del Derecho y del procedimiento penales. La promulgación de los códigos y de las leyes penales especiales es materia reservada a las autoridades de las distintas Repúblicas soviéticas. Hasta 1958, el Derecho Penal soviético en general era un conjunto uniforme de disposiciones penales contenidas en los "princi-

⁴⁷ Vedomosti, 1954, texto 212.

⁴⁸ Karev, D.S.: Organización de los Tribunales y el Ministerio Público en la U.R.S.S., Moscú, 1954, p. 70.

⁴⁹ Vlasov, V.A. y Studenkin, S.S.: Derecho Administrativo Soviético, Moscú, 1959, p. 263.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Vedomosti, 1959, textos 6, 8, 10, 11 y 15.

⁵² Esta enmienda de hecho restableció las disposiciones que estuvieron en vigor de 1924 a 1956.

prios fundamentales” promulgados en 1924 por las autoridades federales y en los Códigos promulgados en diferentes fechas por las distintas Repúblicas soviéticas. El 25 de Diciembre de 1958 solo se promulgaron los “principios fundamentales” federales del Derecho Penal y del enjuiciamiento criminal y éstos tienen que ser seguidos por los nuevos Códigos promulgados por las Repúblicas separadamente.⁵³

En los nuevos principios del Derecho Penal y el enjuiciamiento criminal promulgados el 28 de Diciembre de 1958, se declara sin rodeos que la potestad de imponer penas está reservada exclusivamente a los tribunales. Se afirma categóricamente que “la sanción penal solamente puede ser impuesta por una sentencia judicial” (art. 3° de los Principios de Derecho Penal) y que “nadie puede ser declarado culpable de haber cometido un delito y castigado con una pena sino es en virtud de una sentencia judicial” (art. 7, párrafo 2° de los Principios de Enjuiciamiento Criminal). Estos principios demuestran un abandono total del sistema practicado durante cincuenta años, que permitía la imposición de penas sin proceso judicial. Pero los nuevos Principios tienen que ser aplicados por la legislación federal, por los Códigos de las Repúblicas y por sus leyes penales especiales.

No es la primera vez que el Derecho escrito soviético ha declarado que el poder de imponer penas está únicamente reservado a los Tribunales. Se recordará que al disolverse la Vetcheka en 1922, se prometió oficialmente que los casos criminales serían en el futuro instruídos por los Tribunales (ver supra p. 10 y 11). Este mismo principio estaba implícito en la legislación sobre la G.P.U., la O.G.P.U. y la N.K.V.D., pero estas promesas no se realizaron nunca y estas organizaciones continuaron imponiendo penas de detención e incluso ejerciendo una amplia jurisdicción penal a pesar de la ya conferida a los Tribunales.

Se observará que las Leyes reformadoras de 1958 estaban redactadas en términos muy prudentes y en un lenguaje muy técnico. Solo están reservadas a los Tribunales las “sanciones penales”. ¿Qué significa el adjetivo “penal”? Puede sugerir que quizás haya otras sanciones que no están incluídas entre las disposiciones de las nuevas Leyes. Esto es cierto, desde luego, por lo que se refiere a las penas impuestas disciplinariamente. Pero aún hay más. Los sufrimientos y las privaciones de derechos que las organizaciones administrativas imponían a los ciudadanos nunca fueron designadas como penas sino simplemente “medidas de represión” o de “defensa social” o no se les daba nombre aunque en la práctica y para todos

⁵³ Los Códigos Penales han sido ya promulgados en las Repúblicas de Uzbek y de Kirghizie pero al no haber sido promulgados de un modo regular el autor no ha podido conseguirlos.

los efectos no dejaban de ser penas. Para ser realmente eficaz la declaración de la jurisdicción exclusiva de los Tribunales para la imposición de penas tendría que haber sido completada con la derogación de las leyes que están en contradicción con el principio anteriormente enunciado, puesto que permiten a la M.V.D. adoptar medidas que equivalen a las penas impuestas por sentencia judicial. No ha sido así. Al mismo tiempo, con la reforma de 25 de Diciembre de 1958, el Presidium de la U.R.S.S. recibió el encargo de "aprobar una relación de leyes y decretos que ya no están en vigor por causa de la reforma". Tal relación fué aprobada el 13 de Abril de 1959 y publicada en el *Vedomosti* de 1959, n° 91. Sin embargo, en esta lista no se encuentran las leyes de 1934 que concedieron a la N.K.V.D. y a su sucesora la M.V.D., el amplio poder de confinar a las "personas socialmente peligrosas" en un campo de trabajo correccional durante períodos hasta 5 años, junto con otros poderes (ver más arriba p. 144). En varias ocasiones, altos funcionarios soviéticos han declarado oralmente que la Comisión especial encargada de la imposición de tales sanciones había sido disuelta. Sin embargo, no se ha declarado nunca que el Ministerio del Interior (M.V.D.) haya sido desprovisto de tales poderes. La M.V.D. federal fué abolida en Enero de 1960 pero sus funciones han sido transferidas a los Ministerios del Interior de las distintas Repúblicas.⁵⁴ De este modo, todas las leyes que daban lugar a tales poderes continúan en vigor aunque quizás ya no sean aplicadas.

Se puede preguntar por qué no se ha determinado aún la competencia del Comité Seguridad Pública. Según los nuevos Principios Fundamentales de Enjuiciamiento Criminal, la instrucción previa en los asuntos políticos es de la competencia exclusiva de los "organismos de la seguridad pública" (art. 28), lo cual quiere decir evidentemente organismos del Comité de Seguridad Pública. Solo cuando el Código de la R.S.F.S.R. y los otros Códigos de las Repúblicas hayan sido promulgados, se podrá saber a ciencia cierta si esta fase del procedimiento continúa fuera del campo del Derecho codificado como sucedía hasta el momento de la reforma. Es más que probable que los organismos del nuevo Comité de Seguridad Pública, al igual que los de la O.G.P.U. en su tiempo, continúen usando de todos los poderes necesarios para el cumplimiento de sus funciones, es decir, la seguridad del Estado.

Así pues, en el plano federal, continúa ese estado de ambigüedad en el que se dan todas las posibilidades para la detención arbitraria. Según lo que se desprende de los textos de Derecho Administrativo que se estudian en la Universidad, al tratar de la cuestión de la diferencia entre la detención en el sentido puramente técnico

⁵⁴ *Vedomosti*, 1960, texto.

de la palabra, sometida a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a las de la Constitución, y el simple "arresto" dependiente de la decisión arbitraria de la autoridad administrativa, solo conclusiones pesimistas pueden ser deducidas. Esta polémica fué tratada en un libro de texto publicado en 1946, fué repetida en la edición de 1950 y reproducida en lo esencial en la edición de 1959⁵⁵, publicada con posterioridad a la reforma. He aquí lo que se dice en el último de ellos:

La detención de una persona por los organismos competentes no tiene que ser considerada como una detención gubernativa... Los organismos administrativos no tienen el poder de efectuar detenciones en el cumplimiento de su función administrativa. Se exceptúan únicamente los territorios bajo la ley marcial...

Tanto en la esencia como en la forma una detención es completamente distinta de un arresto. En primer lugar, una orden de detención tiene que mencionar, según la ley, el delito concreto por el cual un ciudadano es privado de su libertad. Una detención solo puede ser ordenada por un tribunal o por el Ministerio público. Por el contrario, el arresto, normalmente decretado por los organismos del Ministerio del Interior. Comité de Seguridad Pública u otros, tiene un carácter preventivo. Puede ser causado por toda una serie de razones, pero fundamentalmente tiene un carácter preventivo; el motivo del mismo es siempre de naturaleza preventiva, intenta impedir la ejecución de un acto que pondría en peligro el orden y la seguridad pública, la seguridad de las personas o de la propiedad privada de los ciudadanos (resistencia a las órdenes de los organismos de la Policía, gamberrismo, desorden público, embriaguez, etc.) o la propiedad socialista.⁵⁶

Los mismos textos indican también que los organismos del Ministerio del Interior y del Comité de Seguridad Pública, o sea, la policía regular y la policía de seguridad, pueden del mismo modo "detener a las personas acusadas de delitos comunes", es decir, personas que caen dentro de la jurisdicción de los tribunales ordinarios. Los tratados de Derecho recalcan que la Ley de Enjuiciamiento Criminal solo en estos casos determina la duración de la detención. Por consiguiente, siempre que se trate de procedimientos extra-judiciales dirigidos contra personas "socialmente peligrosas", no hay ninguna disposición legal que determine la duración de la detención preliminar, que puede ser impuesta antes de que un tribunal entre a conocer de la causa, porque toda la instrucción e incluso la sentencia tienen lugar fuera de la jurisdicción ordinaria.

La legislación penal de las distintas Repúblicas presenta aún un cuadro mucho más pesimista. Hasta 1957 y 1958, cuando se estaba discutiendo la reforma todavía, se promulgaron leyes contra

⁵⁵ Evtikhiev y Vlasov: Derecho Administrativo de la U.R.S.S., 1946, p. 238; Studenikin, Vlasov y Evtikhiev: Derecho Administrativo Soviético, 1950, pgnas. 184 y 185; Vlasov y Studenikin: Derecho Administrativo Soviético, 1959, pgnas 166 y 167.

⁵⁶ Vlasov y Studenikin, op. cit., 1959, pgnas 166 y 167.

los "parásitos" en Uzbek, Letonia, Kazakstán, Turcomenia, Azar-baidján, Tadjikistán y Arménia.⁵⁷ Estas leyes, prácticamente uniformes, se dirigen no solo contra los "ciudadanos adultos en estado de trabajar que viven como parásitos o eluden dolosamente el trabajo socialmente útil" sino también contra "aquellos que viven de unos ingresos que no se han ganado" art. 1º). Tales personas pueden ser condenadas a un período que va de dos a cinco años de deportación, con la obligación de trabajar en la localidad a que sean deportadas. En las ciudades la sentencia se dicta por "juicio popular" de una samblea compuesta por los "ciudadanos adultos residentes en la zona de una administración de alojamientos, de un comité de calle, o de un comité de distrito". Y en las localidades rurales, el comité estará compuesto por los "residentes del pueblo". Una asamblea general de la mayoría de los residentes dicta la sentencia por simple mayoría en votación pública; esta sentencia se "somete a la aprobación de un comité ejecutivo competente" del correspondiente distrito o de la ciudad, es decir, un órgano puramente administrativo. La decisión de estos comités es definitiva y va seguida de su ejecución inmediata. No existe recurso de apelación ante un tribunal ordinario.

Por "personas que viven de ingresos que no se han ganado" se entiende aquellas personas que realmente ganan su vida pero no de una manera conforme a la política económica soviética. "Algunas de ellas, dice el Preámbulo de la Ley, trabajan pero no viven realmente de los ingresos de sus empleos". Esta ley, por ejemplo, fué aplicada a los miembros de las granjas colectivas que trabajaban mucho en sus parcelas particulares pero que no habían alcanzado el número de horas exigidas en su participación en las tareas colectivas de la granja.⁵⁸ En Letonia, una persona que se ganaba la vida comprando instrumentos viejos de música, reparándolos y revendiéndolos fué condenado a dos años de deportación.⁵⁹

La Ley indica claramente que tal deportación se aplicará solamente en los casos en que no haya una figura de delito castigada por el Derecho soviético y a la que se le atribuya una pena mayor (art. 3º). También dispone la Ley que los verdaderos parásitos, es decir, "personas que se dedican al vagabundeo y a la mendicidad" no son deportadas por el anteriormente mencionado procedimiento gubernativo, sino simplemente por un juicio del Tribunal del Pueblo (art. 4º).

Para calificar el comportamiento encausado, la Ley no utiliza

⁵⁷ Un proyecto de tal ley había sido proyectado previamente para todas las Repúblicas de la Unión Soviética pero en Ucrania y en la R.S.F.S.R. fué criticada por la prensa y hasta ahora no ha sido promulgada.

⁵⁸ Pravda Vostoka, 13 y 16 de Julio de 1957.

⁵⁹ Sovetskaia Latvia, 19 de Diciembre de 1957.

la palabra "delito" o su equivalente anterior "acto socialmente peligroso" ni a la deportación "sanción penal" sino simplemente una "censura pública". Es evidente que esta deportación constituye una pena y que estas leyes tenían que haber sido derogadas para poner la legislación de las Repúblicas anteriormente mencionada de acuerdo con los recientemente promulgados Principios Fundamentales del Derecho Penal y del Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, no solo dejaron de ser derogadas las leyes sobre los "parásitos" sino que una nueva ley de este tipo fué promulgada el 15 de Enero de 1959 en la República de Kirghizia⁶⁰ con posterioridad a la reforma. Además, una ley algo distinta fué promulgada en Georgia el 5 de Septiembre de 1960⁶¹, por consiguiente un año y medio después de la reforma. Esta ley dice así:

Artículo 1º: Los ciudadanos adultos no incapacitados para el trabajo con residencia en las ciudades y zonas urbanas de Georgia que con intención dolosa eludan trabajo útil a la sociedad y tengan un modo de vida parasitario, pueden ser "desahuciados" de las mismas durante dos a cinco años por decisión del comité del soviet local competente, a petición de una asamblea general de los ciudadanos, organizaciones públicas u organismos de policía.

Hay que notar que en lugar de la palabra "destierro" se utiliza la palabra "desahuciado", una palabra rusa que hasta ahora se ha utilizado exclusivamente para designar el desahucio de un inquilino, tal como se utiliza la palabra en castellano⁶². Así según la Ley de Georgia el parásito es expulsado directamente por el comité ejecutivo del soviet local, un órgano puramente administrativo y no hay recurso de apelación ante un tribunal u organismo administrativo superiores jerárquicamente.

El mismo órgano puede permitir el retorno de una persona desterrada si se ha reformado una vez cumplida la mitad de la condena y le puede asignar un "trabajo obligatorio útil a la sociedad" (art. 3º). Si la persona desterrada abandona sin autorización el lugar fijado, tiene que cumplir el resto de la condena en un presidio.

Para concluir, se puede afirmar que al nivel federal se puede dar el arresto gubernativo por causa de la falta de disposiciones legales que lo prohiban y de la práctica repetida que no haya sido especialmente prohibida y, por otra parte, algunas de las Repúblicas han promulgado leyes especiales que disponen el destierro con trabajos forzados simplemente por un procedimiento gubernativo.

† VLADIMIR GSOVSKI
Doctor en Derecho por la
Universidad de Georgetown

⁶⁰ Sovetskaia Kirghizia, 20 de Enero de 1959.

⁶¹ Zaria Vostoka, 6 de Septiembre de 1960.

⁶² Nota del Traductor: Este artículo ha sido traducido del inglés y las palabras utilizadas en el mismo son respectivamente "exile", destierro, y "eviction", desahucio.

REVISTA DE LIBROS

Index to Foreign Legal Periodicals. Publicado, bajo la dirección general de K. Howard Drake, por el Instituto de Estudios Jurídicos Superiores para la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas. [Prensas de la Universidad de Londres. Trimestral; suscripción anual: 25 dólares de los EE.UU. ó 9 libras esterlinas.]

Desde 1926 la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas publica un valioso Índice de Publicaciones Periódicas Jurídicas, limitado en su casi totalidad a las de lengua inglesa. La creciente necesidad de recoger datos sobre la bibliografía jurídica que aparece fuera de los países del sistema anglosajón tuvo por resultado la elaboración de un nuevo Índice, cuyo objeto es poner al alcance del estudioso el contenido de las principales publicaciones jurídicas de los demás sistemas.

Los primeros fascículos aparecieron en 1960, y la precisión del índice, así como su vasto alcance, indican que los juristas interesados por el derecho internacional público y privado, el comparado y el interno de casi todos los países del mundo tendrán una fuente de información sumamente útil en una esfera de estudio en la que la cantidad de material disponible pone a prueba los esfuerzos de quien más empeño tiene en estar al corriente del tema. Cada fascículo contiene índices por temas, geográfico y por autores y refleja las altas exigencias de los editores y las calificaciones de los especialistas, pertenecientes a varias entidades eruditas, que realizan esta labor editorial. Confiamos en que esta empresa adquiera carácter permanente y constituya una influyente aportación a la difusión del conocimiento de los diversos sistemas jurídicos y al intercambio de opiniones entre los juristas de todo el mundo.

NOTA EDITORIAL

Law in a Changing Society. Por W. Friedmann. [Stevens & Sons, Ltd., Londres. 503 págs. Legislación, jurisprudencia, bibliografía e índice analítico.]

Para los amigos y simpatizantes de la Comisión Internacional de Juristas será sumamente agradable estudiar esta obra, rica en ideas, que tan estrecha relación guarda con el "concepto dinámico del imperio de la ley", puesto de manifiesto por el Congreso de Nueva Delhi. El libro se divide en seis partes (teoría de los cambios

jurídicos, cambios sociales e instituciones jurídicas, la sociedad y el individuo, el derecho público, el derecho entre las naciones, y conclusiones) y en él el autor guía al lector a través de todo el mundo jurídico y hace ver la influencia recíproca de los cambios jurídicos y sociales en casos concretos, tal como se observa en la legislación contemporánea y en la jurisprudencia más trascendente. El sistema utilizado por el autor sirve para poner de relieve la gran actualidad del tema y su repercusión, marcada y directa, sobre la labor cotidiana del legislador, el juez y el jurista profesional.

Según la feliz expresión del primer ministro Nehru, el imperio de la ley prevalecerá si se subordina a las exigencias de la vida y, en el debate que así abrió, los miembros de la profesión jurídica han examinado cuáles son los límites adecuados del derecho en las modernas condiciones políticas, económicas y sociales y cuál ha de ser su interpretación. Se ha dicho repetidas veces que la flexibilidad puede poner gravemente en peligro la estabilidad jurídica y que la seguridad inherente al principio *quieta non movere* y la auto-riedad del precedente quedarían amenazadas si se transforma radicalmente todo el sistema del pensamiento jurídico elaborado a lo largo de los siglos por las medidas legislativas y las decisiones judiciales.

Lo que imparte mayor calidad a la obra del profesor Friedmann es su convincente argumentación de que, en una sociedad en vías de evolución, el derecho ha de seguir un proceso de transformación que se base en firmes premisas legislativas y en una sólida filosofía jurídica. Esta concepción ha de ajustarse necesariamente a una clara idea rectora; ha de respetar también las limitaciones que se haya impuesto. El autor hace alusión al primero cuando atribuye al Tribunal Supremo de los Estados Unidos "una filosofía de las 'libertades preferidas', una jerarquía de valores, en la que las libertades personales básicas no son objeto de medidas legislativas en el grado en que lo son las libertades económicas". Sin embargo, de la misma manera que la posible adopción de tales medidas ha de efectuarse juiciosamente para que la economía de una sociedad libre no derive hacia el estacionamiento ni caiga en el caos, los tribunales han de obrar con prudencia y seguir a la gran mayoría de los jueces de todos los países dotados de un sistema jurídico depurado, que se niegan a utilizar la función judicial para aplicar medidas de redistribución social o económica". Estas premisas parecen ofrecer las salvaguardias adecuadas contra la posibilidad de que se fuerce al derecho a seguir las variables modas políticas y sociológicas, con todos los peligros que implican para la seguridad jurídica y los derechos humanos la pedantería doctrinal y la inconsistencia pragmática.

Dentro de tales límites, el autor considera al derecho como "un instrumento flexible del orden social, que depende de los valores políticos de la sociedad que tiene por objeto regular". Parte de la

hipótesis de que “el valor supremo de la sociedad occidental sigue siendo el individuo libre y responsable de sus actos”. Responsabilidad y libertad están en pie de igualdad, pues Friedmann estima que las garantías básicas del imperio de la ley, bajo la fiscalización del gobierno ejercido por el pueblo, consisten “en elementos extrajurídicos: sólo puede beneficiarse de las salvaguardias jurídicas la sociedad cuyos miembros estén dotados de un sentido personal de responsabilidad”.

Sin su corolario: la responsabilidad personal, la libertad absoluta no podrá conseguirse jamás; del mismo modo, el ansia de igualdad absoluta es mera demagogia si no va acompañada por el reconocimiento de las desigualdades inevitables que derivan del mismo carácter de la sociedad humana. Sin embargo, “el ideal democrático de la justicia exige que tales desigualdades sean desigualdades de función y de servicio y que no respondan a distinciones basadas en consideraciones raciales o religiosas o en otras circunstancias personales”.

Como dice el profesor Friedmann, “para bien o para mal, el poder creador y reformador de la ley jamás ha sido mayor que en nuestra sociedad sumamente perfeccionada. Y jamás ha sido más importante que los juristas – en su calidad de legisladores, jueces, profesores o abogados – sean algo más que técnicos bien especializados”. En efecto, incumbe al jurista probar que la libertad del individuo no sólo puede conservarse, sino ampliarse sustancialmente en el proceso de perfeccionar las modernas instituciones políticas y económicas.

El crecimiento y la prosperidad no tienen, en sí mismos, el carácter de fines. Son, sobre todo, medios para establecer las condiciones educativas y culturales en las que pueda reposar sólidamente la democracia moderna. Sería ciertamente un error menospreciar la importancia de los factores materiales en la vida de las naciones, particularmente en los Estados jóvenes. Pero los abogados que en ellos se esfuerzan por lograr el reconocimiento de los principios del imperio de la ley no son inferiores en modo alguno a los políticos que transformaron los territorios antes dependientes en nuevos entes nacionales, ni a los técnicos que sientan los cimientos económicos de su estructura social. Para ellos y para todos los que creen en el progreso dentro de la libertad, la obra del profesor Friedmann será la fuente de inspiración y de aliento que necesitan.

VLADIMIR M. KABES

Apartheid and Discrimination. Por K. L. Roskam. [A. W. Sythoff, Leyde, 1960; 179 págs., anexos y bibliografía.]

El libro *Apartheid and Discrimination* fue presentado a la Universidad Libre de Amsterdam como una disertación con el título más general de *Inter-racial Relationships in the Union of South Africa and the International Community*. Este libro es el fruto no sólo de vastas investigaciones jurídicas, sino también de estudios, efectuados sobre el terreno, acerca de los problemas que plantea la segregación racial en la Unión Sudafricana. La aportación de este autor es una obra bien equilibrada, que no podrá ser objeto de críticas por revelar un conocimiento insuficiente del tema o de la situación de los indígenas.

Figura primero una descripción del desarrollo histórico de las relaciones entre los grupos blancos y los bosquimanos, hotentotes, africanos y asiáticos. Debe mencionarse que una completa "Terminología", expuesta en el Anexo B, aclara el problema semántico, a menudo desconcertante, que se plantea en relación con los diversos grupos étnicos. Vale la pena leer primero el Anexo B pues sirve útilmente de orientación para todo el libro. El autor se refiere luego, en gran detalle, a la legislación en virtud de la cual se presenta a la discriminación como principio fundamental de la sociedad sudafricana. A este respecto, en las páginas 55 a 60 figura un útil resumen cronológico de las disposiciones discriminatorias contenidas en la legislación sudafricana de 1910 a 1960. A continuación, se analizan las leyes teniendo en cuenta el factor discriminación con respecto a los derechos políticos y las restricciones en materia de movimientos y residencia que afectan tanto a los africanos como a los indios. Estos materiales comprenden también un análisis de las medidas discriminatorias que no figuran específicamente en la legislación; la documentación estadística es excelente.

En uno de los capítulos, se investigan la naturaleza y los antecedentes de la segregación y, en otro, la idea de la nación sudafricana. Por último, el autor hace referencia a las medidas tomadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas con respecto a las relaciones entre blancos e indios. Se hace mención expresa del párrafo 7 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas a propósito de la atención que las Naciones Unidas han prestado a la negación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que es inherente a la discriminación de los no blancos. El autor afirma que la Unión Sudafricana "no puede invocar la protección del párr. 7, art. 2, pues burla y viola expresa, declarada y abiertamente uno de los principios de la Carta" [esto es, el consignado en los artículos 1 (3), 55 (c) y 56]. Para terminar, *Apartheid and Discrimination* plantea la cuestión fundamental de si los blancos estarán

todavía a tiempo para darse cuenta de que la segregación racial es inaceptable y para crear una nación sudafricana no dividida.

Para probar que la Comisión recomienda elogiosamente la obra de este autor basta hacer referencia a su propio Informe sobre la Unión Sudafricana, para cuya elaboración *Apartheid and Discrimination* fue una fuente sumamente útil de datos, tanto los del cuerpo de la obra como los de su copiosa bibliografía. La importante aportación del Dr. Roskam es un estudio, de carácter académico, en que se aprecia adecuadamente la acusada gravedad de la situación.

C. D. M. WILDE

Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechtes. Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates. (Teorías generales del derecho administrativo del Estado de derecho. Derecho administrativo general del Estado de derecho). Por Zaccharia Giacometti. [Vol. I, Zurich, 1960 (Polygraphischer Verlag), IX + 591 págs.]

Será difícil hallar ningún otro sector de la vida del Estado que, en el curso de los últimos decenios, haya experimentado un incremento tan marcado y abarque actualmente tantas y tan variadas manifestaciones de la vida humana como el correspondiente a la Administración. La creciente multiplicidad de las funciones transferidas al Estado ha dado lugar a la formación de un aparato administrativo con innumerables ramificaciones que, a su vez, ha llegado a crear un complejo verdaderamente laberíntico de órdenes, disposiciones reglamentarias y decretos. Considerada desde el punto de vista del derecho político, semejante evolución no deja de ofrecer evidentes riesgos. Conforme va tomando mayor incremento la actividad administrativa, la relación del individuo frente al Estado y los órganos del mismo se complica de un modo casi automático, con lo cual aumentan en proporción las probabilidades de que se realicen actos administrativos no ajustados a derecho con la consiguiente agravación del peligro de intervenciones abusivas en la esfera de las libertades individuales. Para prevenir tales riesgos, no cabe otra solución que la de definir en primer término con toda claridad y precisión la situación jurídica del ciudadano y — lo que no reviste menor importancia — exigir de la Administración, evitando hasta donde sea posible cualesquiera divergencias interpretativas, que se atenga en todas sus actividades a la más estricta legalidad con arreglo a los principios fundamentales que deben inspirar todos sus actos y que habrán de ser constantemente recordados a todos los responsables. Estas dos condiciones son de una importancia decisiva para la conservación y el desenvolvimiento de todo ordenamiento estatal establecido con arreglo a derecho.

La tarea de presentar a la Administración como parte integrante del susodicho ordenamiento, definiendo al propio tiempo el objeto y los límites de la actividad administrativa, constituye por las razones expuestas una labor tan árdua como agradecida. Es una labor árdua, porque la inmensa extensión de la referida actividad administrativa dificulta extraordinariamente todo examen completo y todo estudio descriptivo, si se aspira a realizarlos sistemáticamente, pero, por otra parte, es una labor agradecida, toda vez que la superabundancia de disposiciones legales, destinadas a ser aplicadas en los distintos planos obliga necesariamente a reflexionar sobre el profundo sentido de los principios fundamentales que rigen toda actividad estatal ajustada a derecho y que, por otra parte, una completa aclaración de tales conceptos constituye realmente el supuesto de esta misma actividad.

La realización de semejante empresa se debe al profesor Zaccharia Giacometti, de la Universidad de Zurich, quien desde hace años figura entre los más autorizados tratadistas de derecho público en Suiza. Giacometti, muy conocido por sus publicaciones de importancia básica sobre el derecho público de la Confederación Suiza, el derecho público de los cantones suizos y la jurisdicción constitucional, presenta ahora el primer tomo que versa sobre los principios y conceptos fundamentales del derecho administrativo, al que habrá de seguir un segundo tomo que tratará de los órganos y medios de actuar de la administración. Pero la lectura del referido tomo primero ya publicado permite comprobar que éste, no solamente constituye por sí mismo un todo acabado, sino que por la riqueza de la documentación que contiene, extensamente compilada y concienzudamente analizada, como asimismo por la compenetración del autor con la materia, puede considerarse como una obra de base que constituye un brillante complemento de las obras anteriores de Giacometti.

El rigor sistemático de la exposición no obliga tan sólo a limitarse a lo más esencial, sino que exige también una labor eliminadora y ordenadora del material superabundante que debe realizarse desde un punto de vista específico. Merced a una metodización deductiva rigurosamente lógica, llevada hasta sus últimas consecuencias, que, no obstante, fundamenta sus apreciaciones en los principios fundamentales del Estado de derecho, ha conseguido Giacometti imprimir a su doctrina general del derecho administrativo un relieve que le proporciona una expresión particularmente clara y convincente. Muestra como las distintas modalidades de organización y las relaciones jurídicas tan diversas y a veces tan complicadas dentro de la Administración hallan su explicación en determinadas concepciones fundamentales en las que tienen su origen y hacia las cuales habrán de ser orientadas constantemente. Según

Giacometti, es en realidad la ética de la idea liberal del derecho la que permite comprender el verdadero sentido de la idea y la estructura del Estado de derecho en sus aspectos material y formal y en esta misma ética se esfuerza el autor en hallar su fundamento, aspirando a verla manifestarse hasta en la acción de los órganos más modestos de los tres poderes del Estado y especialmente en la Administración. La necesidad de este postulado aparece demostrada incluso en la vida de un país como Suiza, donde la idea del Estado de derecho se halla tan profundamente arraigada en la conciencia colectiva, pero en el cual las imperfecciones humanas e institucionales no dejan de reclamar constantes reformas. Resulta por otra parte que la plena realización de este postulado — por ejemplo, la institución, reclamada por Giacometti, de una jurisdicción administrativa de ámbito general — tropieza con las realidades impuestas por la organización de una colectividad estatal, integrada por múltiples factores de orden histórico, político y material, como se infiere de lo que antecede, la idea del Estado de derecho, cuya suprema finalidad es el aseguramiento de la más eficaz protección del individuo y de sus libertades personales, no puede alcanzar su plena realización en la vida de cada día de un aparato estatal complicado y a veces demasiado rígido y que, pese a las mejores intenciones, no llega nunca a responder por completo a la imagen presentada por la más lógica y mejor concebida de las doctrinas jurídicas. Estas mismas limitaciones se imponen por igual motivo a toda teoría de un derecho administrativo general, lo cual no disminuye, en modo alguno, el valor de los argumentos en pro de aquellas reformas que la evocación de los principios antes enunciados incita a reivindicar en todo momento.

Giacometti considera el Estado de derecho como “el aspecto jurídico de la concepción liberal del Estado”. Somete a los titulares del poder estatal a un ordenamiento jurídico liberal-democrático y a un control llevado a efecto conforme a estos mismos principios y, en virtud de ello, limita la actividad del Estado al ámbito que le corresponde con arreglo a dicho ordenamiento. Esto implica para la Administración la obligación ineludible de adaptar todas sus actividades a la fiel observancia de los derechos humanos fundamentales, es decir, al reconocimiento y respeto de la dignidad humana.

Partiendo de tales premisas, llega Giacometti a una definición de las fuentes del derecho administrativo propio de un Estado de derecho y, en una tercera parte del referido tomo, y ulteriormente en una cuarta parte del mismo, que ofrece particular interés, pasa a examinar la situación jurídica del individuo frente al Estado de derecho en plena actividad administrativa. Es en este lugar de la obra donde el autor pone de relieve la necesidad de que la Administración actúe en todo momento con arreglo a estricta legalidad y de

que esté asegurada la debida protección jurídica del individuo frente a la Administración (mediante una jurisdicción administrativa prevista a estos fines), lo que da motivo a una magistral exposición de los problemas que constituyen su preocupación constante. Como ya se ha indicado, es Giacometti un defensor convencido de una radical reforma de la jurisdicción administrativa en Suiza que todavía adolece de ciertas deficiencias (evoca a este respecto: la carencia de una jurisdicción administrativa de ámbito general, la insuficiencia del procedimiento seguido ante los tribunales administrativos, la subsistencia de la llamada *reformatio in pejus*) que justifica mediante argumentos verdaderamente convincentes la necesidad de una reforma tendente a asegurar el pleno respeto al derecho en la esfera de la actividad estatal. El libro no es siempre de fácil lectura y determinados pasajes del mismo exigen conocimientos precisos de ciertos métodos de lógica formal, sin los cuales se hace difícil seguir el pensamiento del autor. También cabe predecir que algunas de las proposiciones que formula no dejarán de ser controvertidas. En cada página del libro se observa, empero, la preocupación del autor de estudiar a fondo y exponer en forma clara y concisa la naturaleza y las funciones de una administración estructurada a base de la noción del Estado de derecho. A este respecto logrará siempre Giacometti un éxito completo, toda vez que se siente confortado por la persuasión propia de un jurisconsulto cuyas convicciones radican profundamente en una concepción esencialmente jurídica del Estado.

CURT GASTEYGER

Comparative Law. Cases-Text-Materials. Por Rudolf Schlesinger, profesor de derecho internacional y comparado, universidad Cornell. Segunda edición. [Brooklyn, The Foundation Press, Inc., 1959, 635 págs., bibliografía, índices.]

En esta *Revista* no se suelen revisar repertorios de jurisprudencia, pero haremos ahora una excepción teniendo en cuenta la naturaleza de esta bien lograda tentativa que persigue un doble objetivo: familiarizar al estudiante de derecho con los elementos básicos del método comparativo y recordarle cuán necesario es comprender los procedimientos de los sistemas jurídicos extranjeros antes de fulminar sentencia sobre sus peculiaridades. Como dijo el profesor Schlesinger, en la introducción a la primera edición de su obra, "la rareza es el fundamento del temor y la enemistad entre las naciones, así como entre los individuos", y a él se debe haber contribuido, en no escasa medida, a la eliminación de muchos misterios con que se enfrenta el estudiante norteamericano al que está destinado el libro. El autor ha seleccionado textos y casos con un juicio crítico que evidencia su perfecto conocimiento de los diversos sistemas jurídi-

cos. Además de los principales países de los sistemas anglosajón y continental, ha recogido ejemplos típicos de la legislación y jurisprudencia de los países de la legalidad socialista y ha tenido especial acierto al investigar los problemas en materia de conflictos de leyes a que da lugar esta diversidad de regímenes judiciales.

Los libros de derecho comparado se multiplican en proporción directa con el creciente interés por el tema y con su importancia en un mundo cuyas relaciones se estrechan cada vez más pese a todas las diferencias ideológicas, pero es el profesor Schlesinger quien ha conseguido primeras marcas de gran calidad. Ha preparado un instrumento de enseñanza que estimula el interés del estudiante y alumbraba muchos aspectos nuevos, en una obra especializada y de lectura amena, para todos cuantos busquen informaciones sobre un punto concreto de este vasto terreno. Dominar el *embarras de richesse* que encierra el tema considerado es, de por sí, una tarea ímproba y el autor advertirá la necesidad de incorporar adiciones y ampliaciones al preparar las ediciones sucesivas. En su forma actual, el libro no pretende ser un tratado exhaustivo. Si se considera su alcance, marcado por las limitaciones técnicas y económicas propias de un manual de derecho, apenas podría ofrecerse un estudio más completo en forma más atractiva.

Además de casos y materiales sobresalientes que se reproducen de diversos libros y artículos, el profesor Schlesinger transcribe extractos de interrogatorios de testigos procedentes de documentos judiciales (para ilustrar los problemas inherentes al testimonio de peritos en derecho extranjero) y describe una conversación imaginaria entre abogados (para subrayar los peligros latentes en los litigios ante tribunales extranjeros). Estos complementos acompañan notas más ortodoxas que anteceden cada una de las secciones y los ejemplos de jurisprudencia, cuyo fin es ayudar a que el estudiante se forme un juicio propio y comprenda los casos y la bibliografía. En conjunto, se consigue así una presentación bien concebida y original, enlazada por sólidas ideas generales: A. Carácter del problema del derecho extranjero - B. Sistemas anglosajón y continental: comparación de métodos y fuentes - C. Método para abordar el estudio del sistema continental: algunos temas ilustrativos (mandato, corporaciones, conflicto de leyes).

Al margen de la parte sistemática, el autor añade otro útil comentario sobre los peligros especiales del derecho comparado. La referencia, breve pero muy útil, a las dificultades lingüísticas y la advertencia acerca de los riesgos inherentes a la interpretación resultan familiares y serán apreciadas por todos aquellos que han aprendido, por experiencia práctica, a precaverse de los "falsos amigos" que plagan las traducciones jurídicas entre los principales idiomas europeos.

El profesor Schlesinger ha incluido en su obra un cuadro de casos, índices de temas y autores y una bibliografía particularmente valiosa de artículos sobre derecho comparado de carácter general, así como sobre temas concretos. Sólo esta parte ocupa 100 páginas y confiere a la obra una utilidad mucho mayor que la perseguida inicialmente.

V. M. K.

Traité des territoires dépendants. Por Nicolas Veïcopoulos. Tomo I: Le système de tutelle d'après la Charte de San Francisco. [521 págs., Atenas, 1960.]

Esta obra de quinientas páginas es una aportación sumamente útil al estudio de la condición jurídica de los países dependientes, la teoría general de la administración fiduciaria y su aplicación práctica dentro del sistema de las Naciones Unidas. El autor, un abogado griego, lo presenta con una breve exposición histórica de los trabajos preparatorios realizados para establecer el régimen de administración fiduciaria (Parte I). Sigue luego un penetrante análisis de su naturaleza jurídica, fines y territorios a que se aplica (Parte II). En la tercera parte, el autor se ocupa de la aplicación práctica del régimen de administración fiduciaria por los órganos competentes de las Naciones Unidas, es decir, la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Secretaría y la Corte Internacional de Justicia. En la cuarta parte, la principal, el Sr. Veïcopoulos describe, en un estudio interesante y a fondo, las funciones de los órganos fiduciarios y los medios existentes para fiscalizar sus actividades. Tres índices detallados (de autores y publicaciones periódicas, de temas, y del principal material de consulta), así como una lista que da la clasificación de los correspondientes documentos de las Naciones Unidas, completan este primer tomo, cuya utilidad es tanto mayor cuanto que la marcha general hacia la independencia de los territorios todavía dependientes no puede comprenderse plenamente sin un conocimiento sólido de su actual situación jurídica.

C. G.

International Transactions and Relations, Cases and Materials. Por Milton Katz y Kingman Brewster. [Londres, Stevens & Sons Ltd., 1960; XI págs. (prefacio e índice), 863 págs. (cuerpo).]

Como explican los autores en el prefacio, el título de esta obra ha sido escogido cuidadosamente para indicar que los materiales en ella contenidos pretenden marcar "un punto de partida respecto de los cauces fijados por los textos usuales de enseñanza en los estudios

internacionales". Los autores consiguen efectivamente su propósito, y este logro supone una aportación concreta al estudio del derecho internacional que interesará por igual al estudiante, al profesor y al jurista profesional.

En realidad, al plantear, y al responder en muchos casos, la pregunta de si existe efectivamente un orden jurídico internacional, esta obra perfila y esclarece este concepto con un estudio de los problemas jurídicos concretos que se plantean en las relaciones y negocios realizados cruzando fronteras nacionales con la participación de individuos, organizaciones comerciales y gobiernos, o de una combinación cualquiera de ellos. Se examinan en términos generales las leyes internas de ciertos Estados y el derecho internacional público a la luz de las circunstancias que, para ciertos sistemas jurídicos nacionales, limitan la posibilidad de ocuparse de cuestiones específicas planteadas en tales relaciones y negocios. Tomada en su conjunto, la obra constituye un examen del derecho internacional público teniendo en cuenta los problemas propios del abogado y los sistemas jurídicos aplicables.

El contenido de la obra se divide en materiales de dos géneros distintos. Los del primero (capítulos 1 a 7) versan sobre los problemas de la persona o la entidad jurídica en el extranjero y tratan de los derechos y capacidades de conformidad con las leyes de los países extranjeros y con el derecho internacional público en relación con los temas siguientes: entrada, residencia, circulación, comunicación y seguridad; adquisición, retención y uso de bienes; actividad económica, comprendida la actividad comercial en calidad de agencia o de entidad subsidiaria corporativa en el país; negocios con los gobiernos y por los gobiernos; obtención de pruebas y asistencia judicial; reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos sobre divisas extranjeras.

La segunda parte del libro (capítulos 8 a 12) trata de la cuestión del alcance de los sistemas jurídicos nacionales y de las relaciones recíprocas, los conflictos y la acomodación entre ellos. Dentro de este vasto tema, se examina la posición del abogado que trata de hallar la solución de un conflicto o superposición de atribuciones nacionales en relación con las cuestiones siguientes: leyes penales, reglamentos (comprendidos los monetarios), imposición fiscal, nacionalización, expropiación y anulación de contratos y concesiones. Con respecto a estas materias, se examina la posibilidad de llegar a una solución mediante la conclusión de convenios internacionales o la adopción de disposiciones nacionales, y se citan los textos apropiados de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Los materiales de ambas secciones del libro se presentan en forma de casos, citas de legislaciones nacionales y tratados jurídicos,

así como convenios y acuerdos internacionales. Además, los autores insertan sus propias notas y observaciones subsiguientes que mantienen ese amplio tema dentro de límites definidos y facilitan ciertamente su uso, no sólo como manual, sino también como obra de consulta eficaz y práctica. El gran esfuerzo que hace patente la compilación de estos materiales hallará su mejor premio en la apreciación de la obra por el lector como texto positivo y valioso que señala ciertamente un punto de partida para perspectivas más fecundas que las iniciadas por obras anteriores sobre asuntos internacionales.

C. D. M. W.

Private International Law. Por shri N. K. Dixit y shri Neglur Rangath. [Universidad Karnatak, Dharwar, 1960; 264 págs.]

Esta obra es una documentada introducción a lo que los autores denominan "derecho internacional privado" o "derecho de conflictos". El útil capítulo preliminar contiene las definiciones de los términos indispensables para comprender este sector del derecho en función del derecho indio. A este respecto, es particularmente interesante el empleo de las palabras *Dharma* (derecho) y *Neeti* (ética). Los autores explican que el "concepto del derecho como *Dharma* dio lugar a la *Neeti* o ética". Declaran luego: "por consiguiente, el derecho es en esencia el conjunto de normas de conducta hechas para el bienestar de la colectividad y de sus miembros respetuosos de la ley". El significado y el alcance del derecho privado internacional privado se explican con un examen de la cuestión de por qué es necesario, en determinados casos, que los tribunales de un país apliquen las leyes de un país extranjero al elemento exótico que se discute en un proceso judicial. Se describe cuidadosamente la historia de la evolución seguida por el derecho de conflictos, y se examinan algunos convenios internacionales en vigor.

La obra se refiere luego a factores más concretos del derecho internacional privado, entre ellos la clasificación, el domicilio, la condición jurídica y las obligaciones del Estado, la propiedad, la responsabilidad civil, la jurisdicción y la insolvencia. Más adelante, se examina en detalle la importante cuestión del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras. Por último, se estudia el problema de la aplicación del derecho extranjero. Los autores indican qué métodos pueden utilizarse para determinar la ley que ha de aplicarse, y declaran que las leyes penales y las leyes en materia de ingresos "no son aplicables" porque sólo tienen alcance territorial; análogamente, no son aplicables las "leyes pertenecientes a la categoría de leyes incompatibles con la moral o contra las políticas declaradas de los países en que se trata de aplicarlas".

En el apéndice A se relacionan los convenios elaborados en La Haya sobre los temas de divorcio y separación, tutela, validez y efectos del matrimonio, interdicción y procedimiento civil. El apéndice B reproduce las recomendaciones de la Comisión sobre Derecho Privado, de 1952 (nombrada por el lord canciller del Reino Unido) y el propuesto código sobre la ley de domicilio y el proyecto de pacto para dirimir los conflictos entre la ley de la nacionalidad y la del domicilio. La obra se completa con una compilación de los correspondientes casos indios (apéndice C) y extranjeros (apéndice D). Esta valiosa aportación al estudio del derecho internacional refleja el intenso celo, investigaciones y preparación de los autores. Constituye una introducción coherente y una valiosa obra de consulta sobre el tema del derecho internacional privado.

C. D. M. W.

Jahrbuch für Ostrecht (Anuario de Derecho Oriental), publicado por el Instituto de Derecho Oriental, Munich. Tomo I, cuadernos semestrales números 1 y 2, abril y octubre de 1960, 259 y 239 págs. [Verlag für Internationalen Kulturaustausch, Herrenalb, 1960.]

El Instituto de Derecho Oriental, cuyos estudios sobre cuestiones referentes al desenvolvimiento jurídico en el ámbito de los países de régimen comunista han sido ya objeto de mención en la *Revista* precedente, ha publicado en el curso de la primavera de 1960 el primer cuaderno semestral del "Anuario de Derecho Oriental". Este volumen se distingue ya por el alto nivel al que se mantienen casi siempre las diez disertaciones que contiene (entre ellas, los artículos de los profesores Richard Lange y Benvenuto Samson), la variedad de los temas examinados y por el hecho de figurar también en el mismo artículos suscritos por autores de países comunistas (el profesor Vojislav Spaic, que trata del derecho a la administración de las empresas en Yugoslavia y el doctor Jan Szachulowitz, que diserta sobre el Derecho Civil polonés). Actualmente acaba de publicarse el segundo cuaderno semestral del Anuario que contiene también diez artículos, como asimismo el texto íntegro de la nueva Constitución de Checoslovaquia y el proyecto de "Principios Generales de la Legislación Civil de la URSS" (con un prefacio del Sr. F. Chr. Schroeder) con lo cual el tomo primero viene a constituir una valiosísima aportación para el estudio de las instituciones jurídicas de la Europa oriental.

Precisamente la lectura de este segundo cuaderno semestral sugiere la impresión de que dentro del bloque oriental, en la Unión Soviética, se destacan claramente ciertas tendencias estabilizadoras e incluso algunas tendencias que, hasta cierto grado, pueden calificarse

de liberalizadoras (por ejemplo, en el ámbito del derecho laboral, como lo indica en su artículo el profesor Walter Meder), siendo así que en las democracias populares continúa, por el contrario, el proceso de transformación radical del ordenamiento jurídico en el sentido de las concepciones propias de la ideología comunista. Esta tendencia se manifiesta, lo mismo en lo concerniente a la formación y elección de jueces (como lo demuestra el Sr. Walther Rosenthal en su artículo en el ejemplo de Alemania oriental), que en lo que afecta al derecho material y formal (así se infiere del artículo del Sr. Laszlo Mezöfy en su artículo sobre la revisión de actos administrativos por los tribunales de la jurisdicción ordinaria en Hungría, donde, al menos, en virtud de la promulgación del nuevo Código Administrativo, que data de 1957, se crean ciertas posibilidades positivas de conceder alguna protección jurídica al ciudadano; y del que suscribe el Sr. Erich Schmied sobre las restricciones jurídicas a las que están sometidas las Iglesias en Checoslovaquia). El "derecho a la autodeterminación de los pueblos", tan frecuentemente invocado por parte del comunismo bajo el signo de la política, es objeto de un minucioso estudio por parte del Sr. Siegfried Mampel a base del caso práctico aportado por la doctrina jurídica sustentada a este propósito en la Alemania oriental. Ofrece particular interés el artículo del profesor Sevold Braga. En virtud de un examen comparativo sumamente documentado entre las instituciones europeas de derecho privado (considerando como tales las de los países de Europa occidental) con las leyes de procedimiento judicial civil vigentes en los Estados socialistas, llega a la conclusión de que todo "el aparato jurídico peculiar del derecho privado europeo" aparece realmente reproducido en el derecho civil soviético. A este respecto interesa, desde luego, formular una reserva; es que los sujetos de derecho han experimentado un cambio esencial: en la Unión Soviética son principalmente "organizaciones socialistas" y en proporción mucho más reducida llega a aplicarse esta denominación a personas privadas, con lo que se establece una diferenciación que en muchas ocasiones se presta a ser interpretada en perjuicio del individuo; en tal concepto, no es aventurado afirmar que las comparaciones de este género no dejan de ser arriesgadas, si, al propio tiempo, no se tienen debidamente en cuenta las diferencias tan marcadas existentes entre los diversos objetivos y planos a los que ha de aplicarse el derecho.

El profesor Reinhart Maurach intenta por vez primera en su artículo determinar los distintos periodos en que cabe dividir la historia del derecho soviético. Este intento le conduce a examinar a fondo la doctrina soviética que "contempla la historia del derecho desde un punto de vista exageradamente esquemático, considerándola a modo de consecuencia y fenómeno concomitante del desen-

volvimiento económico y social en el sentido de un proceso previamente planificado y orgánicamente continuado”, siendo así que son precisamente los cambios de rumbo condicionados por la política los que hacen necesario apelar a criterios completamente distintos para determinar los diversos períodos de la Historia. Finalmente, interesa hacer mención del artículo del Sr. Andreas Bilinsky sobre la índole problemática del derecho subjetivo en la Unión Soviética, por ser ésta una cuestión que en un Estado comunista es considerada y evaluada de un modo enteramente divergente de la apreciación que merecería en una colectividad regida por un Estado de derecho democrático.

El Sr. Bilinsky toma como punto de partida la comprobación expuesta con sorprendente sinceridad por el jurisconsulto soviético Sr. Strogowitch, con arreglo a la cual el problema del derecho subjetivo de los ciudadanos no ha sido nunca objeto de un análisis, ni de un estudio a fondo, en la Unión Soviética. Esto tal vez halle su explicación en la circunstancia de que, ante la negativa a toda diferenciación entre el derecho “público” y el derecho “privado” perdía también su razón de ser la diferenciación entre el derecho subjetivo privado” y el “derecho subjetivo público” y, en tesis general, cabe afirmar que la naturaleza de tales derechos subjetivos “públicos” que pueden hacerse valer frente al Estado resultaba ser muy poco o nada propicia a ser encuadrada dentro del sistema del pensamiento jurídico comunista. Después del vigésimo Congreso del Partido, se inició, no obstante, en ese mismo país una discusión a este respecto, y en determinado estudio publicado en 1958 se hizo uso allí por vez primera de la expresión “derechos subjetivos públicos de los ciudadanos”. Aunque esto por sí solo no aporta una solución al problema de la significación que cabe atribuir a esta clase de derechos en un Estado comunista, la cuestión queda planteada y permanece abierta en espera de ulteriores aclaraciones.

El Sr. Bilinsky, lo mismo que los demás autores cuyos artículos figuran en el referido tomo, pueden fundadamente alegar el mérito de haber aportado, merced a la objetividad de sus disertaciones, una contribución nada despreciable a una discusión que sin duda habrá de proseguir también en los países del bloque occidental, y que es de esperar llegue a producir con el tiempo, en uno y otro campo, óptimos resultados.

C. G.

International Communism. Publicado, bajo la dirección de David Footman, por Chatto & Windus. [Londres, 1960; 151 págs.]

El título de esta publicación, la más reciente dentro de la serie editada por el “St. Antony’s College”, no parece reflejar adecuada-

mente el contenido del libro, pues éste se limita a recoger una selección de ensayos sobre las actividades del comunismo internacional en ciertos países, a saber, Alemania, los Estados Unidos y la India. Es de lamentar que los materiales relativos al primero de dichos países versen sobre el periodo pre-hitleriano y lo mismo ocurre con respecto al breve trabajo sobre la "táctica del frente unido del Comintern" que antecede a los estudios regionales. Así, la única aportación contemporánea cuyo tema se refiere al título del libro es el capítulo final, relativo a la fase actual del comunismo internacional, cuyo interés resulta, por supuesto, acrecentado cuando se tienen presentes el reciente cónclave de dirigentes comunistas en Moscú y la resolución por ellos aprobada. Estos artículos, sin relación entre sí, son obra de varios autores que colaboraron con el finado R. N. Carew Hunt en el seminario de comunismo internacional que éste dirigía en el Colegio de St. Antony y que rinden con ellos homenaje a su memoria. Una nota sobre el agitado historial de Willy Muenzenberg ("descrito como el santo patrón del 'compañero de viaje' ") es, por cierto, el último escrito del profesor Hunt y, sin comparación, la sección más interesante del libro. De manera característica, pues tal es el destino de todo aquel cuya brillantez intelectual entra en conflicto con la ciega ortodoxia, hay serios indicios para creer que el violento fin de Muenzenberg en 1940 fue preparado por sus amigos comunistas y no por los nazis, sus enemigos jurados. Vale la pena reproducir íntegramente el párrafo final, que es la última advertencia del profesor Hunt al mundo libre, al que con tanta maestría tuvo al corriente de lo ocurrido en el imperio soviético:

"Así acabó Muenzenberg, aunque no por ello terminaran las organizaciones de primera línea - los 'clubs de inocentes', como él solía llamarlos - que tanto hizo por crear. Hace mucho tiempo que desapareció la mayoría de las organizaciones en que intervino, sólo para ser reemplazadas por otras que cumplen funciones análogas. Su verdadero carácter ha sido denunciado tan a menudo que quienes se dejan engañar han de ser verdaderamente ingenuos. Recordemos, no obstante, que casi todo el mundo es ingenuo."

Los demás trabajos del libro que nos ocupa están bien documentados y son el resultado, sin duda, de cuidadosas investigaciones, pero contienen poco material original y no alcanzan, en general, la elevada calidad que caracterizó la obra del finado Carew Hunt en esta misma esfera.

V. M. K.

Die Rechtsverletzungen im sozialistischen Staat und ihre Bekämpfung. (Las infracciones de derecho en el Estado socialista y la lucha contra las mismas). Por Rolf Schüsseler. [Berlín, Deutscher Zentralverlag, 1958, 224 págs.]

Este libro constituye un ensayo de facilitar una visión de conjunto sobre la índole y la situación actual del problema de las infracciones de derecho en el Estado socialista, entendiéndose por tal el Estado sometido a un régimen comunista.

Una empresa de este género ofrece particular interés, si se tiene en cuenta que, con arreglo a la doctrina comunista, ni siquiera deberían existir delitos en un Estado gobernado conforme a sus principios. Precisamente en fecha recentísima se ha intentado en la Unión Soviética encontrar explicaciones para justificar el hecho de que, aun cuando el Estado soviético lleva más de cuarenta años de existencia, siguen cometiéndose delitos dentro de sus fronteras. Toda indicación encaminada a achacar esas infracciones de derecho a influencias "burguesas" todavía subsistentes en la sociedad es considerada a estas horas como algo muy inverosímil. Obsérvase, en cambio, que, precisamente el argumento consistente en considerar las influencias perniciosas del capitalismo como causa determinante de las infracciones de derecho, merece gran atención en las democracias populares y particularmente en Alemania oriental. De ello da también elocuente testimonio la obra aludida del Sr. R. Schüsseler.

Al investigar las causas de las infracciones de derecho, comprueba el autor que "la contradicción entre la conciencia socialista y la conciencia retrógrada" que todavía subsiste en el seno de algunos grupos sociales constituye uno de los complejos de las causas determinantes de las infracciones de preceptos jurídicos en un Estado socialista, que aún perduran. De esta forma se ha encontrado una explicación para la criminalidad en el Estado comunista, valedera por un largo periodo, basada también a su vez en el principio marxista conforme al cual el medio ambiente es determinante para la conciencia. El carácter condicionado y parcial de esta teoría que, por tal motivo, no puede explicar suficientemente las causas de la criminalidad en los Estados comunistas, está evidentemente demostrado desde hace tiempo por la ciencia del derecho penal y la criminología.

Con arreglo a la teoría arriba expuesta sobre las causas de las infracciones de derecho resulta, en opinión del autor, que su carácter se determina, no en función de la protección de los bienes jurídicos del individuo, sino por el contrario en función de los intereses del Estado. Estas infracciones de derecho constituyen según Schüsseler

“una acción contraria al derecho perjudicial para el ordenamiento socialista, que se halla en oposición con las ideologías morales y políticas de los trabajadores” (pág. 220). Mediante una definición de este género se hace posible proceder en todo tiempo al enjuiciamiento de un acto con arreglo a criterios políticos, con lo cual queda supeditada la protección del individuo a los intereses del Estado y del Partido.

El valor de este libro consiste en haber mostrado claramente la diferencia fundamental que existe entre la teoría comunista del derecho penal y todas las demás que siguen considerando al hombre como el objeto de mayor importancia de toda protección jurídico-penal.

C. G.

Die ungarischen Strafgesetze. Amtliche Zusammenstellung der gültigen materiellen strafrechtlichen Vorschriften (legislación penal húngara). Traducido al alemán y presentado por el Dr. Ladislaus Mezöfi. [Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1960; X & 141 págs., 17.50 marcos alemanes.]

La versión alemana, a cargo del Dr. Mezöfi, de las fuentes del derecho penal sustantivo húngaro es una aportación muy valiosa al estudio del derecho penal de los países socialistas en general y de Hungría en particular. La obra describe un sistema jurídico en el que el legislador trata de adaptar los principios que presiden los textos jurídicos precomunistas a las nuevas necesidades de un sistema basado en normas de tipo soviético. El traductor subraya el carácter transitorio de la legislación en cuestión que conserva, sin embargo, elementos de una concepción jurídica genuinamente húngara.

La compilación comprende un análisis general de los delitos y las penas y de disposiciones penales concretas basadas en el Código Penal de 1950 y en los textos legislativos subsiguientes dictados hasta junio de 1957.

Esta obra detallada y bien organizada seguirá siendo un importante texto de consulta incluso después de la inminente promulgación del nuevo Código Penal húngaro. Los juristas de habla alemana seguirán beneficiándose de sus valiosos pronósticos acerca de la evolución que aguarda a la nueva legislación.

JANOS TOTH

Grundzüge des mitteldeutschen Wirtschaftsrechts (Elementos del derecho económico centroalemán). Por Benvenuto Samson, [Francfort/Berlín (Alfred Metner Verlag), 1960, 146 págs.]

En este libro, el autor de mismo, profesor de la Universidad de Francfort, se propone examinar el sistema económico implantado después de la guerra en la zona oriental de Alemania por lo que

respecta a los elementos jurídicos que lo integran y sus particularidades. Dicho estudio ofrece especial interés en tanto que permite mostrar de un modo evidente la discrepancia creciente entre ambos sistemas jurídicos aplicados respectivamente en la parte oriental y en la occidental de Alemania que, como es sabido, formaban hasta 1945 una sola entidad. Al propio tiempo que en la República Federal de Alemania se reanudaban las tradiciones jurídicas peculiares a la época anterior a 1933 y se proseguía en su desenvolvimiento progresivo, inicióse en la parte oriental de Alemania una labor de adaptación creciente del derecho que allí regía a la legislación soviética que hacía veces de modelo; también las instituciones jurídicas fueron objeto en dicha zona de un acoplamiento al servicio de entidades que perseguían el logro de los objetivos comunistas con las consiguientes modificaciones de fondo.

Este fenómeno afectó de un modo particularmente intenso a la legislación vigente en materia económica. Los juristas de Alemania oriental intentaron sustituir la división sistemática hasta entonces admitida en todo el territorio alemán, sobre todo la diferenciación entre el derecho privado y el derecho público, por otra clasificación sistemática basada en conceptos tomados de la doctrina marxista-leninista, correspondiente a la fijación de objetivos adaptados al período de transición del sistema capitalista al socialista. Al producirse estos cambios resultaba — y ésta es una comprobación interesante de Samson — que la evolución de las leyes no era, en modo alguno, consecutiva a la evolución de la sociedad, en forma que pudieran ser consideradas conforme a la teoría de Marx y Lenin en materia de derecho como parte integrante de la superestructura de la base económica y, en tal concepto, ser implantadas. Muy por el contrario, la evolución de las leyes se anticipó a este desenvolvimiento con el propósito deliberado de producir esa misma revolución social. Esto explica por qué el nuevo derecho comunista no correspondía en muchos casos a la verdadera situación político-económica y se hiciera necesario por consiguiente aplicar medidas coercitivas tanto más severas. En todo caso es interesante comprobar que existen varias materias jurídicas que, en atención a las realidades que afectaban, sólo han experimentado reformas que pueden denominarse de forma, más bien que de fondo (según la expresión de Samson, es evidentemente un caso de “vino viejo en odres nuevas”) y éste es el motivo por el cual el derecho de contratación comunista emplea conceptos y clasificaciones análogas a las del derecho civil tradicional. Resulta, no obstante, difícil llegar a precisar hasta qué punto existe esa coincidencia en cuanto al contenido con el derecho anteriormente vigente. La experiencia adquirida hasta la fecha ha evidenciado en todo caso que apenas existen materias jurídicas que logran sustraerse a la influencia de la ideología comunista y que

de esa forma pudieran conservar su carácter primitivo de normas apolíticas. A este respecto, nos parece que el criterio sustentado por el autor resulta ser en algunos casos un poco más optimista de lo que corresponde a la realidad, lo que, por cierto, no disminuye en modo alguno el valor de sus disertaciones.

C. G.

Japanese Occupation and Ex Post Facto Legislation in Malaya. Por S. K. Das. *Malayan Law Journal*. [Singapur, 1960; 148 págs., 2 libras esterlinas con 5 chelines ó 220 dólares malayos.]

Esta monografía bien documentada versa sobre algunos de los problemas que planteó la imposición de un nuevo sistema jurídico en Malaya por obra de la ocupación militar japonesa. En el estudio se describe primero la legislación previamente en vigor y se analizan luego los cambios jurídicos, judiciales y administrativos introducidos por los japoneses. Una de las cuestiones examinadas que más interés tienen es la de las relaciones entre el deudor y el acreedor expresadas en la moneda emitida por los ocupantes. Los problemas inherentes a la relación deudor-acreedor se describen teniendo en cuenta su resolución subsiguiente, con efecto retroactivo, por las leyes de posguerra, de ahí que se emplee la expresión "*ex post facto*". El análisis de ese tema se basa en un abundante material de jurisprudencia, que tiene mucho interés para el jurista académico pues hace referencia a las decisiones malayas y también a la jurisprudencia sentada por otros tribunales que estuvieron sujetos análogamente a la ocupación extranjera.

También son objeto de detenido estudio las sentencias dictadas por el Alto Tribunal Malayo durante el periodo de la ocupación y que — a juicio del autor — suponen un gran homenaje a la eficiencia e imparcialidad de los jueces indígenas, que habían sido antes miembros asiáticos de la abogacía del país y jueces subordinados, si se recuerda que muy pocas de sus decisiones fueron impugnadas cuando los británicos reocuparon Malaya. Sin embargo, se pone de relieve que no puede decirse lo mismo de los decretos japoneses y de los procesos civiles que los tribunales pudieron anular o modificar de conformidad con la Ordenanza de 1946 sobre las sentencias y procesos civiles bajo el régimen japonés.

Tienen igual interés los estudios sobre el custodio japonés de los bienes propiedad del enemigo, las reclamaciones por daños de guerra y la evaluación final de la legislación de posguerra. El autor indica que la legislación de posguerra tuvo, en general carácter reparador, pero "en algunos aspectos perjudicó tanto a los residentes en Malaya como a los evacuados". Al formular esta crítica, el autor subraya que "la balanza fue reajustada en perjuicio de los que,

sobre la base de la legislación dictada por los japoneses, adquirieron de buena fe tierras u otros intereses de manera en pugna con la legislación antes vigente". Acompaña a este erudito estudio una completa relación de la jurisprudencia y un meditado prefacio por dato sir James Thomson, presidente del Tribunal Supremo de la Federación Malaya.

C. D. M. W.

OTROS LIBROS RECIBIDOS

Mélanges BASDEVANT (*Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*). París, A. Pedone.

Jean CARABIBER *L'Arbitrage en droit international*. París.

W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH *Sécurité de l'Etat et liberté individuelle en droit comparé*. Bruselas, Emile Bruylant.

André MAST *Les pays du Benelux*. París, Pichon et Durand-Auzias (Colección: "Comment ils sont gouvernés").

Georg SCHWARZENBERGER *A Manual of International Law*. 4a edición, 2 volúmenes, Londres, Stevens & Sons.

B. A. WORTLEY *Expropriation in Public International Law*.

Rapports généraux au Vème Congrès international de droit comparé (Bruselas, 4-9 de agosto de 1958), 2 volúmenes, Bruselas, Emile Bruylant.

Yearbook of the European Convention on Human Rights (1958-1959), La Haya, Martinus Nijhoff.

Lamentamos que la falta de espacio nos impida examinar estas obras en el presente número de la *Revista*. Su comentario queda aplazado, pues, hasta el próximo número.

**NOTA SOBRE
LAS PUBLICACIONES
DE LA
COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS**

Lista de publicaciones recientes de la Comisión Internacional de Juristas que se sirven previa petición:

La Revista de la Comisión Internacional de Juristas, semestral. Entre sus artículos figuran:

Volumen I, núm. 1 (otoño de 1957):

Los juristas polacos buscan la legalidad (estudio de la Secretaría)
La regla de derecho en Tailandia, por Sompong Sucharitkul
El proceso de traición en Africa del Sur, por Gerald Gardiner
La "Prokuratura" soviética y los derechos del individuo hacia el Estado, por Dietrich A. Loeber
La profesión jurídica y el derecho: el Colegio de Abogados de Inglaterra y del País de Gales, por William W. Boulton
Revista de libros

Volumen I, núm. 2 (primavera-verano de 1958):

Protección de los derechos civiles en la India mediante la Constitución, por Durga Das Basu
La Comisión Europea de Derechos del Hombre: procedimiento y jurisprudencia, por A. B. McNulty y Marc-André Eissen
El comisario parlamentario encargado del control de la administración civil y militar en Dinamarca, por Stephan Hurwitz
Las profesiones judiciales y el derecho: la abogacía en Francia, por Pierre Siré
El procedimiento ante los tribunales en la Unión Soviética y en la Europa oriental, informaciones compiladas por Vladimir Gsovski y Kazimierz Grzybowski
Interceptación de los comunicaciones telefónicas (los tableros de escucha): estudio comparado, por George Dobry
Revista de libros

Volumen II, núm. 1 (primavera-verano de 1959):

Congreso Internacional de Juristas, Nueva Delhi, India; Declaración de Delhi; Conclusiones del Congreso; cuestionario y documento de trabajo sobre el principio de legalidad; reflexiones, por V. Bose y N. S. Marsh
El profano y la ley en Inglaterra por sir Carleton Allen
Aspectos jurídicos de las libertades civiles en los Estados Unidos y acontecimientos recientes, por K. W. Greenawalt
Independencia del Poder judicial en las Filipinas, por Vicente J. Francisco
Revista de libros

Volumen II, núm. 2 (invierno de 1959 – primavera-verano de 1960):

Democracia y administración judicial en el Japón, por Kotaro Tanaka
El comisario parlamentario noruego para la Administración civil, por Terje Wold

La nueva Constitución de Nigeria y la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por T. O. Elias

El derecho, la judicatura y la abogacía en los países árabes, por Saba Habachy

Problemas de organización judicial en la Comunidad Francesa, por G. Mangin

La asistencia jurídica y el imperio de la ley: notas para un estudio comparativo del problema, por Norman S. Marsh

La fiscalización general, función de la Procuración soviética, por Glenn C. Morgan

Nota editorial sobre la prisión preventiva y la protección de la libertad de expresión en la India

Informe del Comité de encuesta sobre Kerala

Revista de libros

El Boletín de la Comisión Internacional de Juristas, trimestral, recoge informaciones y datos de actualidad sobre varios aspectos del imperio de la ley. Los números 1 a 6 están agotados.

Número 7 (octubre de 1957): Además de un artículo sobre las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, se insertan diversos trabajos sobre Canadá, China, Inglaterra, Suecia, Argelia, Chipre, Checoslovaquia, Alemania oriental, Yugoslavia, España y Portugal.

Número 8 (diciembre de 1958): En este número se describen aspectos del imperio de la ley y acontecimientos jurídicos relativos al Consejo de Europa, China, los Estados Unidos, la Argentina, España, Hungría, Ceilán, Turquía, Ghana, Yugoslavia, Irak, Cuba, el Reino Unido, Portugal y la Unión Sudafricana.

Número 9 (agosto de 1959): La Organización de los Estados Americanos y los derechos del hombre. El imperio de la ley en Argelia, Chipre, Unión Soviética, Unión Sudafricana, España, Hungría, Kenia, Cuba, Irak, Rumanía, Niasalandia y Alemania oriental. Las Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Número 10 (enero de 1960): Contiene noticias sobre Ceilán, China, Checoslovaquia, Grecia, India, Kenia, Polonia y Tibet, y sobre las Naciones Unidas y el Año Mundial del Refugiado.

Número 11 (diciembre de 1960): Contiene informaciones sobre aspectos del imperio de la ley en Argelia, Chipre, la República Dominicana, Alemania oriental, Hungría y Estados Unidos. Naciones Unidas: Comisión de Derechos Humanos.

La **Gacetilla de la Comisión Internacional de Juristas** facilita datos sobre las actividades de la Comisión.

Número 1 (abril de 1957): Medidas tomadas por la Comisión con referencia al proceso de traición en Africa del Sur, la revolución húngara, la encuesta de la Comisión sobre la aplicación práctica del imperio de la

ley, actividades de las secciones nacionales y texto del cuestionario de la Comisión sobre el Estado de derecho.

- Número 2 (julio de 1957):** Descripción de la Conferencia organizada por la Comisión Internacional de Juristas en Viena en torno a los temas: "Definición de delito político y procedimiento aplicable a dicho género de delitos" y "Limitaciones legales de la libertad de opinión".
- Número 3 (enero de 1958):** "El imperio de la ley en las sociedades libres", programa e informe sobre la marcha de los trabajos preparatorios del Congreso Internacional de Juristas, celebrado en Nueva Delhi en enero de 1959.
- Número 4 (junio de 1958):** Notas sobre un viaje alrededor del mundo (Italia, Grecia, Turquía, Irán, India, Tailandia, Malaya, Filipinas, Canadá y Estados Unidos), comentarios sobre la vida jurídica de Hungría, Portugal y la Unión Sudafricana.
- Número 5 (enero de 1959):** Observaciones preliminares sobre el Congreso de Nueva Delhi, resumen del "documento de trabajo sobre el imperio de la ley", informaciones sobre las actividades de las secciones nacionales.
- Número 6 (marzo-abril de 1959):** Resumen de los trabajos del Congreso Internacional de Juristas celebrado en Nueva Delhi, India, del 5 al 10 de enero de 1959. "Declaración de Delhi" y Conclusiones del Congreso, lista de participantes y observadores.
- Número 7 (septiembre de 1959):** Afanes de la Comisión Internacional de Juristas: actualidad y perspectivas (editorial), concurso de ensayos, estudio sobre el imperio de la ley, Comité de encuesta jurídica sobre el Tibet, Naciones Unidas, secciones nacionales y notas de organización.
- Número 8 (febrero de 1960):** El imperio de la ley en la práctica cotidiana (editorial), encuesta sobre el imperio de la ley (cuestionario), informe sobre los viajes de los representantes de la Comisión por África y el Oriente Medio, Comité de encuesta jurídica sobre el Tibet, concurso de ensayos, secciones nacionales.
- Número 9 (septiembre-octubre de 1960):** Conferencia Africana sobre el Imperio de la ley (editorial), nuevos miembros de la Comisión, misión al África de habla francesa, informaciones sobre la Unión Sudafricana, la República Dominicana, Portugal y Angola y el Tibet, notas sobre misiones y jiras de estudio, Junta asesora de la *Revista*, concurso de ensayos, secciones nacionales, el caso del Dr. Walter Linse, y nota de organización.
- Número 10 (enero de 1961):** Saludo a la Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley, nuevo miembro de la Comisión, secciones nacionales, misiones, publicaciones.
- Número 11 (febrero de 1961):** Ley de Lagos, Conferencia Africana: Conclusiones, apostilla, resumen de los trabajos, lista de participantes, misiones y jiras.

- The Rule of Law in the United States (1957):** [El imperio de la ley en los Estados Unidos]: Exposición preparada con referencia al Congreso de Nueva Delhi por la Comisión encargada de cooperar con la Comisión Internacional de Juristas en nombre de la Sección de Derecho Internacional y Comparado de la Asociación Estadounidense de Abogados.
- The Rule of Law in Italy (1958):** [El imperio de la ley en Italia]: Exposición preparada con referencia al Congreso de Nueva Delhi por la sección italiana de la Comisión Internacional de Juristas.
- The Rule of Law in the Federal Republic of Germany (1958):** [El imperio de la ley en la República Federal de Alemania]: Exposición preparada con referencia al Congreso de Nueva Delhi por la sección alemana de la Comisión Internacional de Juristas.
- La situación en Hungría y la regla de derecho (abril de 1957):**
Relación de los trabajos de la Conferencia de La Haya en torno a Hungría y compendio de las informaciones sometidas por la Comisión Internacional de Juristas a la Comisión Especial de las Naciones Unidas para el Problema de Hungría.
- El persistente desafío de la situación húngara al Estado de derecho (junio de 1957):** Suplemento del informe antes mencionado. Da cuenta de lo ocurrido en Hungría hasta el mes de junio de 1957.
- La justicia en la Hungría de hoy (febrero de 1958):** Suplemento del informe original. Pone al día la información referente a Hungría y la completa con la recibida hasta el 31 de enero de 1958.
- La cuestión del Tíbet y el imperio de la ley.** Introducción, geografía y población, cronología de los acontecimientos, pruebas relativas a las actividades chinas en el Tíbet, la posición del Tíbet con arreglo al derecho internacional, 21 documentos.
- El Tíbet y la República Popular de China (julio de 1959):** Informe a la Comisión Internacional de Juristas por el Comité de encuesta jurídica sobre el Tíbet, introducción, pruebas relativas al genocidio, los derechos humanos y el progreso, situación jurídica del Tíbet, acuerdo sobre medidas de liberación pacífica del Tíbet, declaraciones y documentos oficiales.
- South Africa and the Rule of Law (noviembre de 1960):** Investigación detallada de los problemas del *apartheid* en la Unión Sudafricana. Análisis de la legislación y la práctica en relación con las disposiciones correspondientes de la Declaración Uni-

versal de Derechos Humanos. Declaración del observador de la Comisión, F. Elwyn Jones, abogado, diputado al Parlamento británico; textos legislativos; declaraciones juradas. (Publicado también en francés.)

Comisión Internacional de Juristas: datos básicos (junio de 1960):

Folleto sobre los objetivos, organización, composición, antecedentes, desarrollo, actividades y finanzas de la Comisión Internacional de Juristas.

El imperio de la ley en las sociedades libres (julio de 1960):

Este informe sobre el Congreso Internacional de Juristas celebrado Nueva Delhi, India, en enero de 1959, comprende: el *Acta de Atenas*; la *Declaración de Delhi*; las *Conclusiones* del Congreso; la lista de participantes; el programa; las labores de las sesiones plenarias y de las cuatro Comisiones del Congreso: 1) El poder legislativo y el imperio de la ley, 2) el poder ejecutivo y el imperio de la ley, 3) el procedimiento penal y el imperio de la ley, y 4) el poder judicial y el foro bajo el imperio de la ley; el cuestionario sobre el Estado de derecho; el documento de trabajo sobre el imperio de la ley en las sociedades libres y una exposición de los objetivos, organización, desarrollo y actividades de la Comisión Internacional de Juristas.

*
* *

Merced a la generosidad de juristas e instituciones jurídicas de varios países, la Comisión ha podido servir gratuitamente sus publicaciones a quienes las pedían. El aumento sin precedentes del número de lectores exige ahora que les invitemos a aportar una suscripción para sufragar en pequeña medida los gastos de imprenta de la Revista.

Además de las cuotas de suscripción, la Comisión Internacional de Juristas depende de las aportaciones, donativos y legados remitidos a título voluntario para proseguir y ampliar en todo el mundo sus actividades encaminadas a robustecer y extender el imperio de la ley y las garantías de los derechos humanos inherentes a dicho concepto. Se invita a los que deseen efectuar tales aportaciones a fin de propulsar la obra de la Comisión a que envíen sus cheques al secretario general de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, Suiza.