

REVISTA

DE LA

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

Director: SIR LESLIE MUNRO

INVIERNO, 1961

VOLUMEN III, NÚM. 2

LA DETENCION PREVENTIVA EN DISTINTOS SISTEMAS JURIDICOS

- HARRY E. GROVES ATRIBUCIONES DE URGENCIA
SEBASTIÁN SOLER Y LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD
EDUARDO H. MARQUARDT PERSONAL EN EL DERECHO ARGENTINO
BASILEU GARCÍA EXAMEN GENERAL DE LA DETENCIÓN
PROVISIONAL O PREVENTIVA EN EL
BRASIL
J. C. MARTIN LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL
CANADÁ
GERARDO MELGUIZO ESBOZO SOBRE LA DETENCIÓN
PREVENTIVA EN COLOMBIA
ESTUDIO DE LA SECRETARÍA LA LEY SOBRE DETENCIÓN PREVENTIVA
DE GHANA
L. W. ATHULATHMUDALI LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN LA
FEDERACIÓN MALAYA

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

REVISTA DE LIBROS

JUNTA ASESORA DE LA REVISTA

- ROBERT R. BOWIE, profesor de Asuntos Internacionales y ex catedrático de Derecho en la Universidad de Harvard; C. J. HAMSON, profesor de Derecho comparado en la Universidad de Cambridge;
- GEORGES BURDEAU, profesor de Derecho en la Universidad y en el Instituto de Estudios Políticos de París; SEBASTIÁN SOLER, ex procurador general de la Nación argentina y profesor en la Universidad de Buenos Aires;
- ZELMAN COWEN, profesor de Derecho público y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne; KENZO TAKAYANAOL, profesor de Derecho en la Universidad de Tokio y presidente de la Comisión examinadora de la Constitución, y
- T. S. FERNANDO, magistrado del Tribunal Supremo de Cellán; KONRAD ZWEIGERT, profesor de Derecho comparado en la Universidad de Hamburgo.

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS • GINEBRA

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

JOSEPH T. THORSON
(Presidente honorario)

VIVIAN BOSE
(Presidente)

PER T. FEDERSPIEL
(Vicepresidente)

JOSÉ T. NABUCO
(Vicepresidente)

SIR ADETOKUNBO A. ADEMOLA
ARTURO A. ALAFRIZ

GIUSEPPE BETTIOL

DUDLEY B. BONSAI

PHILIPPE N. BOULOS

J. J. CARBAJAL VICTORIA

U CHAN HTOON

A. J. M. VAN DAL

SIR OWEN DIXON
MANUEL G. ESCOBEDO

THUSEW S. FERNANDO

ISAAC FORSTER

FERNANDO FOURNIER

OSVALDO ILLANES BENÍTEZ
JEAN KRÉHER

AXEL HENRIK MUNKTELL

SIR LESLIE MUNRO

PAUL-MAURICE ORBAN

STEFAN OSUSKY

LORD SHAWCROSS
BENJAMIN R. SHUTE
SEBASTIÁN SOLER

KOTARO TANAKA

PURSHOTTAM TRIKAMDAS

H. B. TYABJI

Presidente del Tribunal de Hacienda del Canadá

Ex magistrado del Tribunal Supremo de la India

Presidente de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa; diputado al Parlamento danés; abogado, Copenhague

Abogado del Colegio de Río de Janeiro, Brasil

Presidente del Tribunal Supremo de Nigeria
Presidente de la Federación de Asociaciones de Abogados de Filipinas

Diputado al Parlamento italiano; profesor de derecho en la Universidad de Padua

Magistrado del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York; ex presidente de la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos

Viceprimer ministro del Gobierno del Líbano; ex gobernador de Beirut; ex ministro de Justicia
Abogado; profesor de derecho público en la Universidad de Montevideo, Uruguay; ex ministro

Magistrado del Tribunal Supremo de la Unión Birmana

Abogado ante el Tribunal Supremo de los Países Bajos

Presidente del Tribunal Supremo de Australia
Profesor de derecho en la Universidad de México; abogado; ex presidente de Barra Mexicana

Magistrado del Tribunal Supremo de Ceilán; ex fiscal general y ex procurador general de Ceilán
Presidente del Tribunal Supremo de la República del Senegal

Abogado; presidente de la Asociación de Abogados de Costa Rica; profesor de derecho; ex embajador ante los Estados Unidos y ante la Organización de los Estados Americanos

Ministro de la Corte Suprema de Chile
Abogado ante el Tribunal de Apelación de París, Francia

Diputado al Parlamento sueco; profesor de derecho en la Universidad de Upsala

Secretario general de la Comisión Internacional de Juristas; ex presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas; ex embajador de Nueva Zelandia ante las Naciones Unidas y los Estados Unidos

Profesor de derecho en la Universidad de Gante, Bélgica; ex ministro; ex senador

Ex ministro de Checoslovaquia en Gran Bretaña y Francia; ex miembro del Gobierno checoslovaco

Ex fiscal general de Inglaterra
Abogado, Nueva York, Estados Unidos

Abogado; profesor de derecho; ex procurador general de la Nación argentina; ex magistrado de apelación

Magistrado en la Corte Internacional de Justicia; ex presidente del Tribunal Supremo del Japón

Abogado ante el Tribunal Supremo de la India; secretario de la Asociación India de Abogados; ex secretario del mahatma Gandhi

Abogado, Karachi, Pakistán; ex magistrado del Tribunal Superior de Sind

Secretario general: **SIR LESLIE MUNRO, K.C.M.G., K.C.V.O.**

Ex presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Secretario administrativo: **EDWARD S. KOZERA**

Ex profesor de Teoría y Práctica del Gobierno,
Universidad de Columbia

Comisión Internacional de Juristas, 6, rue du Mont-de-Sion, Ginebra, Suiza

REVISTA

DE LA

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

Director: SIR LESLIE MUNRO

INVIERNO, 1961

VOLUMEN III, NÚM. 2

LA DETENCION PREVENTIVA EN DISTINTOS SISTEMAS JURIDICOS

HARRY E. GROVES	ATRIBUCIONES DE URGENCIA	3
SEBASTIÁN SOLER Y EDUARDO H. MARQUARDT	LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL EN EL DERECHO ARGENTINO	21
BASILEU GARCÍA	EXAMEN GENERAL DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL O PREVENTIVA EN EL BRASIL	44
J. C. MARTIN	LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL CANADÁ	57
GERARDO MELGUIZO	ESBOZO SOBRE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA	65
ESTUDIO DE LA SECRETARÍA	LA LEY SOBRE DETENCIÓN PREVENTIVA DE GHANA	72
L. W. ATHULATHMUDALI	LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN LA FEDERACIÓN MALAYA	109

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	122
--	-----

REVISTA DE LIBROS

	Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant (<i>Philippe Comte</i>)	131
<i>Grenville Clark y Louis B. Sohn</i>	World Peace through World Law (<i>P.C.</i>)	135
<i>Georges Burdeau</i>	Les libertés publiques (<i>P.C.</i>)	139
<i>Antony Allot</i>	Essays in African Law (<i>A. A. de C. Hunter</i>)	141
<i>F. E. Dowrick</i>	Justice according to the English Common Lawyers (<i>Jean Ziegler</i>)	143
<i>Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos</i>	Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'homme, 1958-1959	145
	Rapports généraux au Vème Congrès inter- national de droit comparé	145
<i>W. J. Ganshof van der Meersch</i>	Sécurité de l'Etat et Liberté individuelle en Droit comparé (<i>P.C.</i>)	147
<i>Prof. Jean Graven</i>	Le code pénal de l'Empire d'Ethiopie du 23 juillet 1957 (<i>P.C.</i>)	150
<i>André Mast</i>	Les Pays du Benelux (<i>P.C.</i>)	152

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS • GINEBRA

ca 981

ATRIBUCIONES DE URGENCIA

INTRODUCCIÓN

Entre los problemas que han de resolver las democracias, al igual que las demás formas de gobierno, está el de las situaciones de urgencia. Un gobierno totalitario puede resolver las crisis de esta clase sin dificultad; en cambio, las medidas que hace necesarias un peligro público son a menudo incompatibles con los principios de la democracia constitucional. Ahora bien, la teoría constitucional ha evolucionado considerablemente desde los tiempos en que el derecho norteamericano sostenía que un estado de excepción no crea nuevas atribuciones, y la práctica actual de los gobiernos democráticos parece estar guiada por principios análogos a los que ha sancionado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Este alto órgano ha decidido en efecto que las disposiciones, por lo demás muy imprecisas, de la Constitución de los Estados Unidos autorizaban el ejercicio de las atribuciones que han utilizado de hecho los poderes ejecutivo y legislativo en las situaciones de excepción, por lo menos cuando estos dos poderes han actuado concertadamente.¹

Las situaciones de excepción son de clase muy diversa, pero en la época moderna tienen una importancia particular tres de ellas. De hecho, han sido siempre motivo de dificultades para los gobiernos.

A. Tenemos en primer lugar la crisis derivada del estado de guerra o de los preparativos bélicos previos a su iniciación. (Es conveniente, y hasta cierto punto justificado, clasificar en esta categoría la rebelión interna armada junto a la guerra internacional).

¹ El artículo I confiere al Congreso poder para declarar la guerra, hacer levas y mantener fuerzas armadas y dictar normas para su organización y administración. El Congreso puede movilizar la milicia. Puede hacer todas las leyes necesarias y convenientes para poner en práctica sus poderes. Está también facultado para reunir recursos por vía fiscal, mediante la emisión de empréstitos o la fabricación de moneda. Según el artículo II, el presidente desempeña el poder ejecutivo de la nación. Es comandante en jefe de las fuerzas armadas, comprendida la milicia de los diversos Estados, cuando entra ésta al servicio de los Estados Unidos. Es evidente que, en el caso de que el Congreso y el presidente ejerzan armónicamente sus respectivas atribuciones de guerra, la combinación de sus poderes resulta de tal modo preponderante que el ejercicio de las facultades judiciales es casi inoperante.

B. En segundo lugar, quizá amenace o pueda producirse una subversión interna. (Quizá estén relacionadas esta situación y la precedente; el hecho es frecuente, sin ser constante).

C. Cítemos, por último, la situación de excepción producida por una crisis, o amenaza de crisis, de la economía.

Por supuesto, existen otras situaciones de excepción: disturbios, grandes catástrofes naturales como incendios o inundaciones, huelgas de los servicios e industrias de interés estratégico.² Ahora bien, estas crisis están corrientemente localizadas, tienen un carácter transitorio y el gobierno puede resolverlas mediante las que podemos llamar atribuciones "normales", entre ellas la ley marcial; por consiguiente, no nos ocuparemos de ellas en el presente estudio. De hecho, no es necesario examinarlas en forma detallada porque casi todas pertenecen por definición a una de las tres categorías enumeradas. Para citar un solo ejemplo, la huelga que se generalice o prolongue lo suficiente o se produzca en una industria clave puede dar lugar o puede provocar una crisis de la economía.

La Constitución de los Estados Unidos no prevé distintamente una u otra de estas tres grandes situaciones de excepción. Confiere al Congreso la atribución de declarar la guerra y de hacer levas y mantener las fuerzas necesarias para este objeto,³ y prevé la necesidad de suspender el privilegio de *habeas corpus* en ciertos casos de rebelión o de invasión.⁴ En el texto que trata de la lucha contra la subversión, la expresión más precisa que en él figura es "la atribución de garantizar la defensa común";⁵ de la misma manera, las medidas que han de tomarse para resolver las crisis económicas se prevén en términos tan generales como "las atribuciones para garantizar la prosperidad general del país o regular el comercio"⁶ o "las atribuciones inherentes al ejercicio del gobierno", es decir, las atribuciones de policía. En cambio, sin duda por reacción frente al ejemplo norteamericano, los redactores de algunas constituciones recientes han preferido tratar detalladamente del tema de las situaciones de excepción. Tenemos un ejemplo notable a este respecto en la Constitución de la India, cuyo título XVIII prevé medidas apropiadas a las situaciones de excepción comprendidas en las dos primeras categorías antes citadas; el artículo 22 versa sobre la deten-

² Esta enumeración no pretende ser completa. Por ejemplo, en el artículo 38 de la Constitución de Irlanda se prevén diversos casos en los que "los tribunales ordinarios no estén en condiciones de asegurar la administración efectiva de la justicia y el mantenimiento del orden público." Véase la sentencia *In re McCurtain*, [1941] I.R. 83, por la que se rechazó un recurso contra una condena impuesta por un tribunal penal especial.

³ Art. I, sec. 8.

⁴ Art. I, sec. 9.

⁵ Art. I, sec. 8.

⁶ *Ibid.*

ción preventiva, que es la principal arma de que dispone el Gobierno para luchar contra la subversión.⁷

No estaría justificado estudiar estas tres categorías de situaciones de excepción como si sus características fueran parecidas en lo esencial o como si la actitud del poder legislativo a su respecto fuera siempre comparable. Citemos sólo un ejemplo. La Constitución de la India y otras constituciones⁸ autorizan la detención sin juicio tanto en época de paz como en tiempo de guerra, pero el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha puesto sumo empeño en limitar el ejercicio de esta atribución extraordinaria sólo durante las guerras. Claro está, puede decirse que el punto de vista indio valora con mayor acierto las realidades de las relaciones internacionales modernas, en las que la declaración formal de guerra es un gesto cada vez más anacrónico dado que el éxito militar puede depender totalmente de la sorpresa y que los métodos de subversión interna permiten realizar con mayor eficacia la conquista desde el exterior. Sin embargo, incluso los jueces indios, cuando han de definir la aplicación del artículo 22 de la Constitución en una época que no sea de guerra, sólo han sancionado las medidas de detención preventiva rodeándolas de muchas precauciones.⁹

A. SITUACIÓN DE EXCEPCIÓN DEBIDA AL ESTADO DE GUERRA

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha dicho en más de una ocasión que la atribución para hacer la guerra lleva consigo la "de hacer la guerra hasta la victoria".¹⁰ De conformidad con esta atribución, el Tribunal autorizó la imposición de un toque de queda que afectaba a los ciudadanos norteamericanos de origen japonés que residían en los Estados de la costa occidental en un momento en que existía la posibilidad de que se produjera súbitamente un desembarco de fuerzas japonesas en el continente americano.¹¹ Según la doctrina norteamericana, las atribuciones de guerra tienen un alcance extensísimo cuando son ejercidas conjuntamente por el presidente y el Congreso. "Se extienden a toda

⁷ En el título XVIII de la Constitución de la India se prevé también la situación de excepción que se produciría si cesara de funcionar la estructura constitucional de uno de los Estados.

⁸ Por ejemplo, la Constitución de la Federación Malaya, título XI.

⁹ Véase, por ejemplo, la opinión del magistrado Mahajan en el asunto *Gopalan v. State of Madras*, A.I.R. 1950 S.C. 27, pág. 80.

¹⁰ Véase, por ejemplo, *Hirabayashi v. United States of America*, 320 U.S. 81, pág. 93; 87 L.Ed. 1774, pág. 1782 (1944).

¹¹ *Hirabayashi v. United States of America*, 320 U.S. 81; 87 L. Ed. 1774 (1944).

cuestión y a toda actividad que tenga sobre la guerra una repercusión tan intensa que pueda influir sustancialmente sobre su dirección y evolución".¹² Además, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha reconocido que los tribunales no están en condiciones de adoptar decisiones que dejen sin efecto las tomadas por los poderes ejecutivo y legislativo durante las hostilidades. Reconoce, por otra parte, que las exigencias del momento pueden dar lugar justificadamente a medidas que, terminadas las hostilidades, serán quizá consideradas de manera muy distinta, en la calma y desde otras perspectivas. Por esta razón, confirmó ciertas discriminaciones étnicas que obligaban a los ciudadanos estadounidenses de origen japonés a permanecer en sus domicilios, pero que no imponían las mismas limitaciones a sus conciudadanos de origen alemán o italiano, a pesar de que la nación estuviera en guerra tanto con Alemania e Italia como con el Japón. El Tribunal decidió en el asunto *Hirabayashi v. United States of America*¹³ que esta discriminación estaba justificada, habida cuenta de la densa concentración de estadounidenses de origen japonés en la costa occidental y habida cuenta además de ciertas informaciones acerca de sus características sociales y políticas. La decisión del Tribunal en el asunto *Hirabayashi* se tomó por unanimidad, pero los magistrados hicieron constar su recelo acerca de las discriminaciones raciales, incluso las que se utilizaban para los fines mencionados. En particular, el magistrado Murphy declaró que esta decisión era "el límite extremo, más allá del cual el poder constitucional no podía ir".¹⁴

Más tarde, las autoridades militares norteamericanas consideraron que una simple queda no constituía una protección suficiente y ordenaron la evacuación de los ciudadanos estadounidenses de origen japonés que residían en la costa occidental y su internamiento en centros de reagrupación. Fundándose en el precedente sentado en el asunto *Hirabayashi*, la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo se pronunció, en el asunto *Korematsu v. United States of America*,¹⁵ en favor de la validez de esta reducción sobremanera radical de los derechos de los ciudadanos estadounidenses. Sin embargo, tres magistrados formularon una opinión disidente y se negaron a aceptar que las atribuciones de guerra pudieran ir tan lejos.

Si bien los tribunales de los Estados Unidos han otorgado vastas atribuciones a los poderes ejecutivo y legislativo en tiempo de guerra, no han renunciado a su derecho a sancionar las medidas tomadas por el poder ejecutivo cuando éste se considera justificado a tomarlas en virtud de las atribuciones de guerra. Es evidente que

¹² *Id.*, pág. 93.

¹³ 320 U.S. 81; L. Ed. 1774 (1944).

¹⁴ *Id.*, pág. 111.

¹⁵ 323 U.S. 214; 89 L. Ed. 194 (1944).

los tribunales interpretan con un criterio amplio la otorgación de atribuciones de guerra para no poner en peligro el éxito de la acción armada, pero han mantenido siempre que las atribuciones de guerra a que el poder ejecutivo recurra han de fundarse siempre en las disposiciones constitucionales. El ejercicio de estas atribuciones no puede rebasar ni ir más allá de los límites previstos por la Constitución. Esta concepción ha quedado netamente expresada en el asunto *Milligan*.¹⁶ En este caso, un jefe militar había tomado la decisión, durante la guerra de secesión y en un Estado del norte en el que no se había proclamado la ley marcial, de detener, enjuiciar y condenar a un civil. Al ordenar la liberación del demandante mediante un mandamiento de *habeas corpus*, el magistrado Davis declaró lo que sigue: "La Constitución de los Estados Unidos obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados, en tiempo de guerra y en tiempo de paz, y su protección se extiende a los hombres de todas clases, en todo momento y en cualquier circunstancia. El espíritu humano jamás ha ideado doctrina que conduzca directamente a la anarquía o al despotismo como no sea la de que una cualquiera de las disposiciones de la Constitución puede ser suspendida durante una u otra situación de excepción. Esta doctrina lleva directamente a la anarquía o al despotismo, pero la teoría de la fuerza mayor en la que se basa es falsa; en efecto, el Gobierno deriva de la Constitución todas las atribuciones que necesita para proteger su existencia . . ." ¹⁷ En el asunto *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*,¹⁸ en el que el Tribunal Supremo anuló la incautación de los altos hornos decretada por el presidente Truman durante una huelga ocurrida mientras se hallaba en curso la guerra de Corea, se puso de relieve que el Tribunal no vacila en confirmar los límites previstos por la Constitución cuando se trata de una medida tomada durante una situación de excepción debida al estado de guerra y cuando el gobierno trata de justificarla invocando las atribuciones de guerra. Por supuesto, tenía una importancia fundamental que el acero llegara sin interrupción a las instalaciones que fabrican municiones y demás material de guerra. Sin embargo, caracteriza bien este asunto el hecho de que el Tribunal considerase que el presidente, por su decisión multilateral, se había inmiscuído en las atribuciones de guerra que incumben al Congreso. Es cierto que las atribuciones de guerra de los poderes ejecutivo y legislativo, cuando obran concertadamente, son casi ilimitadas, pero la fidelidad del poder judicial al principio de la separación de poderes, que tanta importancia tiene en la filosofía política norteamericana, tiende a oponerse a cualquier decisión unilateral. Hay que reconocer,

¹⁶ 4 [Wallace] U.S. 1 (1866).

¹⁷ *Id.*, pág. 121.

¹⁸ 343 U.S. 579, 96 L. Ed. 1153 (1952).

sin embargo, que la creciente mecanización de los medios de destrucción, gracias a los cuales una decisión del poder ejecutivo puede provocar una catástrofe en algunos segundos, reduce el valor real de la separación de las atribuciones de guerra de las poderes ejecutivo y legislativo. No obstante, la sentencia dictada en el asunto *Youngstown* pone de manifiesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual la Constitución de los Estados Unidos se aplica tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, se basa en precedentes históricos.

El Tribunal Supremo de Australia, en un razonamiento que guarda bastantes analogías con el del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en los asuntos *Hirabayashi* y *Korematsu*, aceptó que las disposiciones de la Constitución sobre las atribuciones de guerra dejaban sin efecto las contenidas en el artículo 116 del mismo texto, por las que se niega al Gobierno de la Federación australiana la posibilidad de prohibir el libre ejercicio de una religión. En el asunto *Adelaide Company of Jehovah's Witnesses Inc. v. Commonwealth*,¹⁹ el Tribunal Supremo de Australia debió ocuparse de una cuestión planteada porque una secta religiosa había sido acusada de entorpecer el esfuerzo de guerra. El Tribunal tuvo presente que los adeptos de esta secta denunciaban a los poderes públicos como representantes de Satanás y se negaban a prestar juramento de obediencia al rey o a cualquier otra autoridad humana constituida. La Constitución de Australia, lo mismo que la de los Estados Unidos, no define en forma detallada las atribuciones que pueden concederse al Gobierno en tiempo de guerra. El Parlamento está facultado para hacer leyes "para la paz, el orden y el buen gobierno de la Confederación en materia de defensa naval y militar..."²⁰ El poder ejecutivo incumbe a la reina, que delega su ejercicio al gobernador general.²¹ En virtud de estas atribuciones, el Gobierno promulgó la Ley sobre la seguridad de la nación de 1939-1940, conforme a la cual el gobernador general puede dictar reglamentos que tiendan a garantizar la seguridad pública y la defensa del Commonwealth. De conformidad con esta Ley, se dictó el Reglamento para la seguridad de la nación núm. 190 de 1940. Según este Reglamento, el Gobierno puede disolver las agrupaciones o asociaciones cuyas actividades se consideren incompatibles para la seguridad o la defensa, y puede confiscar sus bienes y utilizarlos. De conformidad con este Reglamento, el Gobierno había disuelto la secta de los testigos de Jehová y había ordenado la ocupación de sus locales y la confiscación de sus bienes. El Tribunal consideró que algunas de las disposiciones iban más allá de las atribuciones

¹⁹ 67 C. L. R. 116 (1943).

²⁰ Constitución, sec. 51 (vi).

²¹ *Id.*, sec. 61.

conferidas por la Constitución, pero aceptó en lo esencial su validez, por considerar que respetaban las salvaguardias generales previstas en el artículo 116. El Tribunal Supremo de Australia se fundó en la doctrina sentada por las sentencias dictadas en Inglaterra en los asuntos *King v. Halliday*²² y *Liversidge v. Anderson*.²³ Estos dos asuntos ponen de manifiesto hasta dónde llegan las atribuciones excepcionales que el Parlamento británico confiere al poder ejecutivo en una situación de excepción debida al estado de guerra y que autorizan al Gobierno a tomar medidas de detención preventiva. Las leyes invocadas en estos dos asuntos (*Halliday* y *Liversidge*) habían sido redactadas con cuidado y su aplicación se limitaba a la situación de excepción especial debida al estado de guerra.

Irlanda permaneció neutral durante la segunda guerra mundial, pero la legislación de excepción que se promulgó en dicho país durante dicho periodo puede considerarse justificadamente como perteneciente a la categoría de "situaciones de excepción debidas al estado de guerra". En efecto, una enmienda constitucional puntualiza que el periodo de aplicación de estas leyes es el periodo de guerra. De conformidad con estas leyes de excepción, el Tribunal Supremo de Irlanda confirmó las condenas sumarias impuestas por tribunales militares y autorizó de ese modo la presentación de pruebas que hubieran sido inadmisibles en condiciones normales.²⁴ Sin embargo, el Tribunal Supremo de Irlanda, recordando el precedente sentado por el Tribunal norteamericano en el asunto *Milligan*²⁵, puntualizó que, si bien la detención se decreta en virtud de una ley que tiene por objeto expreso garantizar la seguridad pública, no se deduce de ello en manera alguna que no pueda acogerse favorablemente una petición de *habeas corpus*.²⁶ Conviene no subestimar la importancia de esta decisión, pues el ejercicio sin límites del poder ejecutivo, en particular por la autoridad militar, es incompatible con la democracia constitucional; por ello, los tribunales no deberían renunciar jamás a su atribución de revisar las decisiones del poder ejecutivo que vayan más allá de los límites fijados sin equívoco por la Constitución. Es indispensable que los tribunales definan qué diferencia existe entre las decisiones judiciales que podrían perjudicar el esfuerzo de guerra y las que son compatibles con la existencia de un estado de guerra. Tampoco cabe duda de que en un país que no esté realmente en guerra, y éste era el caso de Irlanda, los tribunales deben ser muy celosos de sus prerrogativas.

Las leyes de excepción invocadas tanto en el asunto *Walsh*

²² [1917] A. C. 260.

²³ [1942] A. C. 206.

²⁴ *In re Walsh*, [1942] I. R. 112.

²⁵ 4 Wallace [U. S.] 1 (1866).

²⁶ *In re Walsh*, *op. cit.*, nota 24.

como en los asuntos *Halliday* y *Liversidge*, tenían dos características importantes: su naturaleza transitoria y la obligación por parte del poder ejecutivo de presentar los reglamentos de aplicación a la consideración del poder legislativo, que estaba así en condiciones de ejercer una vigilancia constante y de realizar todas las revisiones necesarias.

Sin duda, la segunda guerra mundial habrá sido el último conflicto generalizado en el que todos los países beligerantes no habrán estado expuestos al riesgo de una destrucción inmediata y total. En esta nueva situación, no se comprendería que, en los países democráticos, los tribunales entorpecieran el esfuerzo de guerra. Esta abdicación transitoria del poder judicial parece deberse a razones concluyentes. No olvidemos que la decisión por la cual el Tribunal Supremo de los Estados Unidos proclamó que las garantías ofrecidas por la Constitución se aplicaban tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz se adoptó durante la guerra de secesión. Pudo decirse de esta guerra que fue la primera de las guerras modernas teniendo en cuenta los esfuerzos desplegados para organizar la economía, las repercusiones de la lucha sobre la población civil y la importancia de las destrucciones en la zona de los combates. Sin embargo, esta guerra se libró a la velocidad del paso del hombre y del caballo y detrás del frente la vida, comprendido el funcionamiento de los tribunales, se desarrollaba normalmente. Sin embargo, el Tribunal afirmó que las atribuciones de guerra, cuando se ejercen legítimamente, son tan completas como lo exige la situación y decidió que en un caso concreto se había recurrido injustificamente a tales atribuciones. Es inevitable que, en una situación de excepción creada por una guerra moderna, se deba poner confianza en el poder legislativo y ponerla cada vez más en el poder ejecutivo, para que suspendan las garantías constitucionales con la menor frecuencia y duración que sea posible. Sin duda, es extremadamente probable que la suspensión transitoria de las garantías constitucionales será total o casi total. Su nueva entrada en vigor no dependerá sólo del deseo y la voluntad de los poderes ejecutivo y legislativo, sino más bien de la medida en que sobreviva la población y se hayan destruído los bienes. Son éstos factores que ningún redactor de constituciones puede prever, pero que ningún tribunal debe descuidar. Cabe afirmar que, actualmente, la mejor manera de proteger la democracia constitucional es evitar la guerra.

B. SITUACIÓN DE EXCEPCIÓN DEBIDA A ACTIVIDADES DE SUBVERSIÓN

La amenaza que hacen pesar sobre una nación elementos bastantes influyentes para trastornar la vida del país y poner en peligro la existencia de la forma de gobierno es un problema que

parece revestir una importancia cada vez mayor. La actividad de tales elementos puede tener su origen en diversas causas: deslealtad hacia el régimen que ocupa el poder, acompañada por el deseo de conseguir mediante la violencia el derrocamiento de las instituciones, o bien descontento por la política seguida por el gobierno en ciertas esferas, o bien tensión entre el gobierno federal y las entidades locales acerca de cuestiones lingüísticas, religiosas o raciales. La presencia de potentes elementos anárquicos que no se mueven necesariamente por razones políticas, pero que, por razones diversas, están al margen de los mecanismos ordinarios de la justicia, puede crear problemas idénticos. Por ejemplo, tanto la Federación Malaya como el Estado de Singapur han tropezado con dificultades al aplicar la legislación penal ordinaria para reprimir las actividades de bandas organizadas que secuestran contra rescate a los *towkays*, ricos negociantes chinos, e inspiran un temor tal de represalias que la víctima y su familia renuncian casi siempre a presentar denuncia.²⁷ Ahora bien, el sistema penal angloamericano supone que no sólo la víctima del delito, sino además todos los ciudadanos, prestan su concurso a los agentes de la autoridad encargados de aplicar la ley. El derecho de cualquier ciudadano a realizar una detención en determinadas circunstancias es sólo un aspecto de este problema. El ciudadano que sea testigo de un crimen o de un delito, o que posea otros elementos de información al respecto, tiene la obligación legal no sólo de responder a las preguntas de la policía, sino además de presentarse espontáneamente y sin demora para facilitar su testimonio. Se espera de él que se opondrá por todos los medios a su alcance a la comisión de un delito y ayudará a la autoridad a detener al culpable y a probar su culpabilidad. En una colectividad en la que los ciudadanos niegan a la policía este concurso, por lo demás indispensable, los poderes públicos han de adoptar otras medidas, que de no aplicarse ponen de hecho al gobierno en manos de los elementos anárquicos. La sociedad no tiene el derecho de reprochar al gobierno el uso de la detención y del internamiento sin juicio si, por su parte, no está resuelta a ayudar eficazmente a los agentes del orden público.

Al estudiar los problemas constitucionales que plantea la adopción de leyes destinadas a reprimir las amenazas de subversión, no es posible olvidarse de las libertades que, en cualquier momento, han figurado en las declaraciones de derechos, a saber, las libertades de palabra y de asociación, la igualdad ante la ley, la administración equitativa de la justicia y las demás garantías del mismo valor, pues todo individuo detenido en virtud de leyes concebidas especialmente

²⁷ Véase *The Straits Times* (Singapur), 12 de mayo de 1961, página 16, col. 6, y página 8, col. 3. Véase también *The Sunday Times* (Londres), 14 de mayo de 1961, página 1, col. 1.

para oponerse a las subversiones, por antidemocráticas que sean sus acciones y doctrinas, recurrirá natural y legítimamente a la plena protección de las salvaguardias constitucionales.

En el caso de los Estados Unidos, hemos visto que en tiempo de guerra los tribunales han hallado en la Constitución la justificación de las medidas más rigurosas contra la subversión, comprendida la detención sin juicio de grupos raciales enteros.²⁸ Sin embargo, en tiempo de paz, el Gobierno ha de ajustarse a los límites del derecho penal ordinario para combatir la subversión. Por ejemplo, nadie puede ser detenido sin juicio, salvo en tiempo de guerra. Sin embargo, los tribunales han aceptado que un ciudadano no tiene derecho a preconizar el recurso a la fuerza para derribar las instituciones y han declarado jurídicamente válidas las leyes que prohibían actividades de esta clase.²⁹ Es necesario para ello que la detención y la condena que sancione el delito se hagan según el procedimiento aplicable a cualquier otro delito. En cambio, la Constitución de la India³⁰ niega pura y simplemente a una persona a la que se haya detenido preventivamente el beneficio de la mayoría de las garantías de procedimiento previstas por la Constitución, a pesar de que establezca otras.

El Tribunal Supremo de Irlanda ha hallado una especie de término medio entre la posición de los Estados Unidos, que sólo acepta la detención sin juicio en época de guerra, y la Constitución, más reciente, de la India, que la autoriza en cualquier momento. Teniendo en cuenta que no existe en la Constitución una prohibición expresa, el Tribunal Supremo de Irlanda declaró válida una ley sobre la detención preventiva promulgada durante la segunda guerra mundial, a pesar que el país no se hallaba entonces en estado de guerra.³¹

Hasta la entrada en vigor de la Constitución de la India, ninguna constitución democrática había autorizado la detención sin juicio en época de paz. Tal vez la Constitución de la India reconozca simplemente en términos formales que vivimos en una situación de excepción en cierto modo permanente. Sin embargo, quisiéramos creer que rige en cualquier momento y en cualquier lugar, con un mínimo de excepciones, la norma según la cual la ley requiere "oir antes de condenar, informarse primero y sentenciar sólo después de haberse efectuado el proceso".³²

²⁸ *Korematsu v. United States of America*, 323 U.S. 214, 89 L. Ed. 194 (1944).

²⁹ Por ejemplo, *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 95 L. Ed. 1137 (1951).

³⁰ Art. 22.

³¹ *In re Offences against the State (Amendment) Bill*, 1940, [1940] I. R. 470.

³² Daniel Webster en el asunto *Dartmouth College v. Woodward*, 4 Wheaton (U. S.) 518, 581 (1819).

Según el artículo 22, párrafo primero, de la Constitución de la India, toda persona detenida ha de ser informada "cuanto antes" de los motivos de la detención y tiene derecho a hacerse asistir por abogado. Según el párrafo 2 del mismo artículo, toda persona detenida debe ser entregada "al juez más cercano" dentro de las veinticuatro horas, y la detención no puede prolongarse más allá de esta demora sin una decisión judicial. Sin embargo, según el párrafo 3, las garantías instituidas por los párrafos 1° y 2° no se aplican a los súbditos enemigos ni "a las personas detenidas e internadas en virtud de la Ley que establece el régimen de detención preventiva". En los párrafos siguientes se definen el procedimiento que debe aplicarse a las personas que sean objeto de detención preventiva, así como sus derechos, que son evidentemente mucho más limitados que los reconocidos en los párrafos 1° y 2°.

El artículo 22 fue interpretado judicialmente por primera vez en 1950, en el asunto *Gopalan v. State of Madras*.³³ Se trataba de una petición de *habeas corpus* presentada por una persona detenida en Madrás en virtud de la Ley de 1950 sobre la detención preventiva. Los artículos más importantes de esta Ley eran los siguientes. El artículo 3 autorizaba al Gobierno Central y a los gobiernos de los Estados a detener a cualquier persona si tenían motivos para creer que podía perjudicar a la defensa o la seguridad de la India o entorpecer el funcionamiento de los servicios de abastecimiento y demás servicios esenciales para la colectividad. Se delegaban las atribuciones a ciertos magistrados y comisarios de policía. El artículo 12 autorizaba la detención durante un año como máximo para ciertas categorías de casos. El artículo 14 prohibía a los tribunales que conocieran de ningún testimonio sobre los motivos de la detención si el gobierno consideraba que no debía recibirse este testimonio. Habiéndose impugnado la validez de la Ley, el Tribunal Supremo de la India tuvo que realizar por primera vez un análisis completo del título de la Constitución sobre los derechos fundamentales. Tras analizar muy a fondo sus aspectos judiciales, el Tribunal consideró que la Ley no era impugnabile, a excepción del artículo 14 que, a su juicio, denegaba el beneficio del derecho reconocido a un detenido por el artículo 22, párrafo 5, según el cual el detenido ha de ser informado acerca de los motivos del mandamiento de detención y puede presentar objeciones. Si bien el párrafo 6 autoriza al gobierno a no revelar los hechos cuya publicación considere incompatible con el interés público, el Tribunal no aceptó que se le negara el derecho a examinar los "motivos" que habían sido comunicados al detenido. Considerando aparte el artículo 14, el Tribunal confirmó la validez de las demás disposiciones de la Ley.

En decisiones posteriores, el Tribunal aprobó el criterio deno-

³³ A. I. R. 1950 S.C. 27.

minado "subjetivo", previsto en la Ley sobre la detención preventiva, y llegó a la conclusión de que los tribunales no debían decidir si los motivos de la detención estaban o no fundados, aunque sea admisible una acusación de mala fe.³⁴ Sin embargo, en el asunto *State of Bombay v. Atma Ram Shridar Vaidra*,³⁵ la mayoría de los magistrados aceptó la opinión del Sr. Kania, presidente del Tribunal Supremo, acerca de la distinción por él fijada en lo relativo a los motivos. Consideraron que el Tribunal no estaba facultado para examinar el valor de los motivos y, en particular, a declarar que son demasiado vagos para que el gobierno detenga legítimamente a un individuo. En cambio, puede examinar estos motivos, que han sido comunicados al detenido, para determinar si son demasiado imprecisos para que pueda protestar contra su detención. Algunos jueces, minoritarios, no aceptaron esta distinción y sostuvieron que no podía discutirse la cuestión de la imprecisión. La mayoría fue también de la opinión que, en el asunto *Atma Ram*, los motivos de la detención debían existir en el momento en que se expidió el mandamiento de detención y que estos motivos (que según la definición del Tribunal han de ser conclusiones basadas en hechos conocidos) han de comunicarse en su conjunto al detenido. No puede silenciarse ninguno de estos motivos ni puede añadirseles nada, a fin de que no puedan modificarse motivos insuficientes para justificar la detención y legalizar así lo que en un principio era ilegal. También en este caso, una minoría de jueces consideró ilógico que el Tribunal insistiera en la importancia de los motivos, dado que el gobierno tenía el derecho a guardar secretos uno de los hechos o todos los hechos en los que basa sus conclusiones.

Tanto en el asunto *Gopalan* como en el asunto *Atma Ram*, el Tribunal Supremo de la India limitó considerablemente las posibilidades de revisión judicial en caso de detención preventiva, pero ha decretado la liberación de detenidos cuando ha considerado que los motivos de detención que le habían sido comunicados eran demasiado imprecisos para que el demandante pudiera formular una protesta eficaz contra el mandamiento de detención.³⁶ También ha hecho liberar a detenidos cuando ha considerado que los motivos comunicados por el gobierno no tenían relación con el objetivo de la Ley sobre la detención preventiva, es decir, la prevención de actos que podrían perjudicar a la defensa de la India o la seguridad del Estado y el mantenimiento del orden público. Por eso, ha considerado que la publicación de un folleto que injuriaba al presidente de un tribunal superior no tenía relación con el objetivo de dicha Ley.³⁷ Por la misma razón, el Tribunal Supremo ordenó la

³⁴ *State of Bombay v. Atma Ram Shridhar Vaidya*, A. I. R. 1951 S. C. 157.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Dr. Ram Krishnan Bhardwaj v. State of Delhi*, A. I. R. 1953 S.C. 318.

³⁷ *Sodhi Shamsher Singh v. State of Pepsu*, A. I. R. 1954 S. C. 276.

liberación de un detenido cuando el Gobierno, por conducto de su Comité Consultivo, renunció a uno de los motivos que había invocado para expedir un mandamiento de detención y trató luego de confirmar la detención basándose en el motivo subsistente. En una argumentación interesante, el Tribunal declaró que confirmar el mandamiento de detención por el motivo subsistente equivalía a utilizar un criterio judicial objetivo en vez de aplicar una decisión subjetiva del poder ejecutivo, dado que nadie podía estimar en qué medida había influido cada uno de los motivos sobre la decisión del poder ejecutivo.³⁸

Por consiguiente, parece que el Tribunal Supremo de la India mantiene una vigilancia eficaz sobre las decisiones del poder ejecutivo dentro de los límites por él fijados y que, dentro de estos límites, no vacila en anular algunas decisiones del ejecutivo.

La única justificación de la detención sin juicio en una democracia constitucional es la siguiente: por diversas razones, los procedimientos penales ordinarios y las garantías tradicionales reconocidas al acusado no permiten hacer frente a una situación de excepción y no pueden ser readaptados. Como es sabido, el Tribunal Supremo de Birmania se ha esforzado por impedir que el Ejecutivo recurra a la solución fácil que consiste en utilizar la detención sin juicio en vez de aplicar leyes penales adecuadas.³⁹ El tribunal declaró nulo y sin valor un artículo de la Ley de 1947 sobre el mantenimiento del orden público que suprimía la revisión judicial de una decisión de detención gubernativa cuando no existía una situación de excepción definida.⁴⁰ El Tribunal obligó al Ejecutivo a aplicar estrictamente el procedimiento previsto por la Ley. Por eso, un mandamiento de detención dado verbalmente por teléfono fue considerado nulo y sin valor, dado que la Ley requiere un mandamiento por escrito. Además, un mandamiento que sea modificado subsiguientemente y ajustado a las disposiciones de la Ley no legaliza la detención que fuese ilegal en un principio.⁴¹ A diferencia de lo definido por el Tribunal Supremo de la India, el de Birmania no ha aceptado que el Ejecutivo pueda basarse en criterios subjetivos para apreciar si están fundados los motivos que justifican la detención.⁴² Al contrario, el Tribunal Supremo de Birmania desea revisar los hechos que, según el Ejecutivo, justificarían el mandamiento de detención.⁴³ Al manifestar que debe aplicarse un criterio objetivo para determinar si el Ejecutivo puede justificar de la manera

³⁸ *Shibban Lal Saksena v. State of Uttar Pradesh*, A. I. R. 1954 S. C. 179

³⁹ *Ma Than Sint v. The Commissioner of Police, Rangoon*, 1949 B. L. R. 1.

⁴⁰ *Bo San Lin v. The Commissioner of Police*, 1948 B. L. R. 372.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Tinsa Maw Naing v. The Commissioner of Police, Rangoon*, 1950 B. L. R.

⁴³ *Daw Aye Nyunt v. The Commissioner of Police, Rangoon*, 1949 B. L. R. 5.

debida su actuación, el Tribunal declaró lo que sigue: "Deberá examinar los hechos para averiguar si podía justificar la convicción del comisario de policía. Sabemos muy bien que no conocemos ahora de un recurso interpuesto por el comisario de policía y que no estamos facultados a derivar conclusiones propias que sustituyan a las suyas. Sin embargo, conviene tener siempre presente que debe distinguirse entre una convicción razonable y un temor derivado de previsiones imprecisas. El ejercicio de las atribuciones conferidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 A de la Ley sobre el mantenimiento del orden público ha de fundarse en la convicción razonable de que es necesario expedir un mandamiento de detención. Es un abuso ejercer esta atribución invocando la existencia de un temor derivado de previsiones imprecisas."⁴⁴ El Tribunal Supremo de Birmania reconoció el importante principio según el cual una detención que era legal en un principio podía convertirse en ilegal como resultado de una modificación de los hechos. Así, consideró que una decisión judicial que confirmaba un mandamiento de detención no impedía presentar ulteriormente una petición de *habeas corpus* si las circunstancias habían cambiado después de haberse dictado la primera sentencia. Ahora bien, el Tribunal no permite que los debates en torno a la petición de *habeas corpus* sirvan de ocasión para revisar las decisiones tomadas anteriormente.⁴⁵

Por consiguiente, es indispensable distinguir entre la situación de excepción debida al estado de guerra y las demás situaciones de excepción. En el primer caso, las circunstancias exteriores imponen una transformación rápida y a menudo total de la sociedad y de las instituciones. En los demás, el gobierno que ocupa el poder dispone de tiempo. Si es realmente democrático, podrá actuar dentro del sistema de las instituciones democráticas existentes, pues sacrificar las garantías constitucionales equivale en general a pagar un precio excesivo por la seguridad que ha de procurar tal sacrificio. Sin embargo, si el poder legislativo, tras madura reflexión, considera indispensable para proteger la nación adoptar leyes que suspendan las garantías de procedimiento tradicionales, no se desprende de ello que los tribunales deban renunciar totalmente a su misión de vigilancia. Consideramos que el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo de Birmania es merecedor de un estudio a fondo. ¿Acaso no es muy poderoso el argumento de que los tribunales tradicionales, compuestos de magistrados calificados y experimentados, son los órganos que mejor sirven para revisar las decisiones del Ejecutivo en materia de detención e internamiento? ¿En qué medida puede

⁴⁴ *Tinsa Maw Naing v. The Commissioner of Police, Rangoon*, 1950 B. L. R. 17, pág. 35.

⁴⁵ *Tinsa Maw Naing v. The Commissioner of Police, Rangoon*, 1950 B. L. R. 17.

reconocerse al Ejecutivo el derecho a invocar un "criterio subjetivo" para decidir que los motivos de la detención están justificados? ¿Por ventura no ha de prevalecer el temor de un posible abuso de poder sobre el argumento de que la comunicación a un tribunal, incluso a puerta cerrada, de los hechos aducidos para justificar la detención pone en peligro los intereses legítimos de la seguridad?

C. SITUACIÓN DE EXCEPCIÓN DEBIDA A UNA CRISIS ECONÓMICA

La Constitución de la India es la que primero ha previsto que el Ejecutivo ha de disponer de atribuciones especiales en ciertas situaciones de excepción en que se halle amenazada la estabilidad financiera del país o de parte de su territorio.⁴⁶

Como ya hemos dicho, la Constitución de los Estados Unidos no prevé la adopción de medidas expresas que faciliten la solución de una crisis aguda de la economía. Durante los años iniciales de la mayor crisis económica con que hayan tropezado los Estados Unidos, la jurisprudencia de los tribunales revelaba un respeto tal por los principios constitucionales en materia de protección de la propiedad que todos los esfuerzos del Congreso para superar la crisis creada por la gran depresión estaban abocados al fracaso.⁴⁷ El conflicto entre el Tribunal Supremo y el presidente acerca de la interpretación de los principios constitucionales en materia económica se agravó tanto que el presidente previó la posibilidad de aumentar el número de los magistrados del Tribunal para asegurarse una mayoría que apoyaría sus opiniones en la esfera económica. A pesar de la inmensa popularidad personal del presidente Franklin D. Roosevelt y a pesar de que el Congreso era partidario de su programa legislativo, su proyecto de modificar la composición del Tribunal era incom-

⁴⁶ Artículo 360. Algunas constituciones ulteriores se han inspirado, por lo menos en parte, en las medidas previstas expresamente en la Constitución india para atender a una situación de excepción en la esfera económica. Véase, por ejemplo, el artículo 150, cláusula 1ª, de la Constitución de la Federación Malaya.

⁴⁷ Por ejemplo, en el caso de la primera Ley Frazier-Lemke, que autorizaba a los agricultores deudores de hipotecas que podían obtener un término de gracia a que conservaran el bien hipotecado durante cinco años contra el pago de un alquiler apropiado fijado por el tribunal, con opción de compra durante este periodo a un precio prefijado o fijado nuevamente, el Tribunal Supremo consideró que la Ley violaba la Quinta Enmienda; véase el asunto *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*, 295 U. S. 555, 79 L. Ed. 1953 (1935). También consideró anticonstitucionales otras leyes encaminadas a promover la reactivación de la economía. Véase *United States of America v. Schechter Poultry Corporation*, 295 U. S. 495, 79 L. Ed. 1570 (1935). Véase también *Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Company*, 295 U. S. 330, 79 L. Ed. 1468 (1934).

patible con uno de los artículos de fe más profundamente afianzados del pueblo norteamericano: la inviolabilidad del Tribunal Supremo y la intangibilidad de su composición. El presidente no consiguió que el Congreso aprobara su proyecto. Sin embargo, el Tribunal Supremo, cuyas tímidas decisiones en materia económica habían sido adoptadas a menudo por una mayoría reducida, admitió por fin la validez de las leyes de recuperación económica posteriores.⁴⁸ Gracias a los cambios introducidos en su composición, debidos en parte a la jubilación de algunos magistrados que alcanzaron el límite de edad, el Tribunal modificó su jurisprudencia y aplicó consideraciones más liberales.⁴⁹ La crisis del Tribunal Supremo de los Estados Unidos entre 1933 y 1937 y el cambio de actitud de su mayoría, que supo liberalizar sus ideas, son invocados frecuentemente para hacer referencia a uno de los medios gracias a los cuales la Constitución norteamericana se adapta a la evolución inevitable de las circunstancias. Ninguna constitución podrá durar si se mantiene rígida hasta el punto de entrar en conflicto con el movimiento irresistible de las fuerzas inherentes a todas las sociedades vivas. La Constitución de los Estados Unidos sólo puede ser modificada formalmente según un procedimiento difícil, lento y complicado.⁵⁰ Sin embargo, el Tribunal ha olvidado raras veces la advertencia formulada por uno de sus grandes presidentes: la Constitución es tal y como el Tribunal la interprete, lo que hace posible su permanencia.⁵¹ Cabe considerar que la permanencia de la Constitución de los Estados Unidos se debe, más que a cualquier otro factor, a la sabiduría de los magistrados que, dentro de un sistema formal invariable, han sido capaces de una gran flexibilidad de criterio en sus decisiones.

Es posible que una crisis económica tan vasta como la ocurrida en la cuarta década de este siglo se produzca de nuevo en los Estados Unidos o en otros países, pero es improbable que las leyes que se propongan para resolverla tropiecen con las dificultades constitucionales que entorpecieron las primeras medidas del *New Deal*. Todas las democracias han adoptado una política económica más flexible que ha inspirado la redacción de las constituciones o la jurisprudencia de los tribunales.

⁴⁸ Por ejemplo, *Helvering v. Davis*, 301 U. S. 619, 81 L. Ed. 1307 (1937). Véase también *Wright v. Vinton Branch of Mountain Trust Bank*, 300 U. S., 440 81 L. Ed. 736 (1937).

⁴⁹ Por una decisión anterior relativa a la misma crisis económica, el Tribunal Supremo había confirmado la atribución conferida a los Estados por la 10ª Enmienda de la Constitución, que versa en particular sobre las "atribuciones de policía", para promulgar leyes que autorizaban el aplazamiento del pago de las hipotecas. Véase *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, 290 U. S. 398, 78 L. Ed. 413 (1933).

⁵⁰ Art. V.

⁵¹ *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheaton 316, 4 L. Ed. 579 (1819).

CONCLUSIÓN

Entre las situaciones de excepción más importantes con que han tropezado las democracias constitucionales en los últimos veinte años, hay dos que revisten una importancia singular: la situación de excepción debida al estado de guerra y la debida a actividades de subversión. Por su misma naturaleza, la primera es incompatible con el funcionamiento normal de las instituciones democráticas. Su existencia requiere necesariamente, por lo menos con carácter transitorio, la pérdida de los derechos tradicionales protegidos por la constitución. En el plano más elemental, se halla el caso del ciudadano que, por decisión propia o por haber sido movilizado, ha de renunciar a su libertad. Los tribunales no pueden invocar la constitución para oponerse a las medidas que consideren necesarias los poderes legislativo y ejecutivo. En último término, los tribunales son respetados en los países en que sostienen su autoridad los poderes públicos, pero por su misma naturaleza el poder judicial es el elemento más débil de la organización estatal. Si en tiempo de guerra, cuando la preocupación por la salvación colectiva prevalece por encima de cualquier otra consideración, pareciera que los tribunales tienen una actitud obstructiva, el gobierno habría de prescindir de ellos y el prestigio de los tribunales se perdería quizá sin remedio. Además, los tribunales no son los únicos guardianes de la constitución; es ésta una función que incumbe también a los demás poderes. Cierto, en los Estados Unidos, después de una evolución histórica consonante con los hechos, corresponde en general a los tribunales apreciar si una decisión o un texto es o no conforme a la Constitución, pero esta solución no es aplicable siempre y en todos los casos. El aumento de las facultades y de las obligaciones de los poderes ejecutivo y legislativo debido a la guerra les ha impuesto la responsabilidad sin precedentes de determinar si sus propias decisiones son o no conformes con la Constitución.

En segundo lugar, la grave situación de excepción debida a actividades de subversión plantea problemas distintos. Si la amenaza es en gran escala, se trata de hecho de una guerra civil y puede estar justificado recurrir a las atribuciones propias del estado de guerra para hacer frente a la situación. Sin embargo, si la amenaza es menos importante, los tribunales habrán de procurar con el mayor cuidado que se limite al mínimo el ejercicio de las atribuciones esencialmente arbitrarias que son la detención sin acusación manifiesta y el internamiento sin juicio. Lo menos que pueden hacer los tribunales es negarse a aceptar el criterio subjetivo como justificación de las detenciones decretadas por el ejecutivo y mantener el derecho que les confieren la formación y la experiencia de los jueces a verificar imparcialmente los hechos a la luz de los criterios

históricos del derecho. Obrar de otra manera es someterse a la voluntad de los hombres y no al imperio de la ley. El respeto de este principio por encima de todo justifica la pretensión de una nación a ser considerada como democracia constitucional.

HARRY E. GROVES *

* Profesor visitante de derecho constitucional, Universidad de Malaya; decano y profesor de la Escuela de Derecho de la "Texas Southern University" (en licencia).

LA PRIVACION DE LA LIBERTAD PERSONAL EN EL DERECHO ARGENTINO

En este trabajo citamos repetidamente leyes y sentencias argentinas. Creemos conveniente indicar aquí las fuentes más accesibles.

a) Constitución Nacional: Anales de Legislación Argentina, Complemento Años 1852-1880, Buenos Aires, 1954, p. 9;

b) Constituciones provinciales: Provincias de Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Salta, San Juan, San Luis, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán, Anales de Legislación Argentina, 1956, Buenos Aires, t. XVI-B, páginas 1467, 1633, 1697, 1823, 1897, 1961, 2005, 2033, 2087, 2133, 2167, 2197, 2239 y 2265, respectivamente. También: Digesto Constitucional de la Nación Argentina, 1941. Estas son las constituciones de las catorce provincias originarias. Las leyes fundamentales de las nuevas provincias pueden verse en Anales de Legislación Argentina, 1957, Buenos Aires, T. XVII-B: Chaco, página 1611; Chubut, p. 1739; Formosa, p. 1789; Neuquén, p. 2029, Río Negro, p. 2055 y Santa Cruz, p. 2231;

c) Código Penal de la Nación: ed. Lajouane, Buenos Aires, 1960;

d) Código de Procedimientos en Materia Penal. Así se denomina oficialmente el código que rige en los tribunales federales, al cual llamaremos en adelante "código federal". Verlo en Leyes Penales Comentadas de la República Argentina, de Juan Manuel Mediano, Luis Jiménez de Asúa y José Peco, Buenos Aires; Losada, 1956, página 621, y en Anales de Legislación Argentina, Complemento 1881-1888, Buenos Aires, 1955, p. 441. Asimismo ed. Lajouane. Buenos Aires, 1960;

e) Códigos provinciales de procedimientos en lo criminal: solamente trece provincias tienen códigos propios, las restantes se rigen por el Federal. De esos cuerpos legales actualmente en vigencia pueden encontrarse en la obra de Mediano, ya nombrado los códigos de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Salta, San Juan, San Luis, Santa Fe y Santiago del Estero. páginas 775, 857, 959, 1061, 1481, 1573, 1659, 1821 y 1917, respectivamente. Para los otros indicamos: Catamarca: Boletín Informativo de Legislación Argentina, Año XX, no. 21-22, p. 23; Jujuy: la edición oficial, Código Procesal Penal, San Salvador de Jujuy, 1951; La Rioja: Anales de Legislación Argentina, 1951, Buenos Aires, t. XI-B, p. 1444 y Mendoza: Anales de Legislación Argentina, 1950, Buenos Aires, t. X-B, p. 2430;

f) Sentencias de la Corte Suprema de Justicia Nacional: se encuentran en su colección de Fallos, que se compone de 246 tomos, desde 1864 al presente. Abreviaremos denominándolas "Fallos: . . ."

El presente trabajo tiene por objeto llevar a cabo una exposición objetiva del estado actual del derecho argentino en materia de privación de la libertad personal.

El análisis, sin embargo, no puede dejar de poner de manifiesto los defectos y limitaciones de nuestro régimen en tema tan fundamental. Desde ese punto de vista, al objeto de divulgación primordialmente perseguido se une otro : que es el de efectuar un aporte a la lucha que, en todas partes y en todo tiempo, se libra para conseguir y asegurar un sistema completo de garantías individuales.

La libertad personal debe ser protegida mediante normas que establezcan quiénes tienen competencia para privar de ella, los motivos que justifican esa privación, las formalidades que deben rodear la aprehensión, y las vías a través de las cuales los detenidos pueden obtener la revisión de las medidas tomadas en su contra.

Fuera del caso de condena a una sanción consistente en la pérdida de la libertad — supuesto del que no nos ocupamos aquí — la privación de aquélla se funda, en general, en la existencia de serios indicios de la comisión de un delito, situación en la que se hace necesario asegurar al presunto autor para que no eluda la pena que puede corresponderle. En tal caso incumbe en principio a los jueces ordenar la detención, pero hay importantes excepciones a esta regla, determinadas por las facultades que se conceden, en ciertos supuestos, a la policía. Este primer tópico será tratado bajo el subtítulo de “Detención motivada por la comisión de un delito”.

Otros motivos, no obstante, pueden dar lugar a la detención de personas sin que medie la sospecha de que éstas han cometido un delito. Tales motivos fincan primordialmente en razones de seguridad y policía, o en exigencias disciplinarias respecto del funcionamiento de los órganos del Estado. En estos casos son por lo general los funcionarios de la administración, y no los jueces, quienes tienen autoridad para disponer detenciones. Este segundo tópico será expuesto bajo el subtítulo de: “Detención por motivos distintos a la comisión de un delito”.

Los medios jurisdiccionales para obtener la revisión de las detenciones injustificadas de toda especie, y los derechos de que el procesado goza en los procedimientos respectivos constituyen un tercer tópico, que desarrollamos bajo el subtítulo de: “Revisión judicial de las detenciones. Derechos de los detenidos”.

I. DETENCIÓN MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO

Existen dos procedimientos distintos en virtud de los cuales un individuo puede ser privado de su libertad por el hecho de que se tengan contra él, en un grado menor o mayor, sospechas de que haya cometido un delito.

El primero tiende a asegurar al sospechoso a fin de que comparezca ante un juez, y tal restricción de la libertad puede verificarse, según los casos, con orden judicial o sin ella. En el derecho anglosajón este aseguramiento se denomina "*arrest*" (*with or without warrant*), y en nuestro derecho "*detención*".

El segundo regula la situación del imputado una vez que el juez considera que existen cargos suficientemente serios que justifiquen se decrete la privación de su libertad como medida precautoria a fin de facilitar la investigación y asegurar su comparencia al juicio. Tal situación, que en derecho anglosajón se conoce con el nombre de "*preventive detention*", y en el francés como "*détention préventive*", tiene en el derecho argentino la denominación de "*prisión preventiva*", y ha de ordenarse mediante una decisión escrita y fundada que recibe la designación de "*auto de prisión preventiva*" ("*commitment*" en derecho anglosajón, "*mandat d'arrêt*" en derecho francés).

Como aclaración indispensable antes de referirnos a las peculiaridades del sistema argentino, hemos de advertir que en nuestro país impera un sistema federal muy semejante al estadounidense, y que la Nación y los Estados Federales, denominados Provincias, tienen cada uno su Legislación Procesal, con no pocas diferencias entre ellas. Por tal motivo será necesario en lo que sigue poner de manifiesto esas diferencias, en cuanto sean de importancia para la comprensión del tema.

1°. Detención sin orden judicial

a) Detención por los particulares y la policía

Nuestra Constitución ha consagrado en su artículo 18 el principio de que nadie puede ser privado de su libertad sin orden escrita de autoridad competente. El mismo principio se halla establecido con iguales términos en varias constituciones provinciales.¹ Las demás, y muchos de los códigos de procedimientos criminales,

¹ Constitución de Entre Ríos: art. 24; La Rioja: arts. 28 y 29; Salta: art. 29; Santa Fe: art. 9; Santiago del Estero: art. 20; Chaco: art. 18.

precisan que la detención sólo puede efectuarse por orden escrita de un juez.²

Sin embargo la legislación admite la detención sin orden judicial en ciertos casos, y, en primer lugar, cuando el delincuente es sorprendido *in fraganti*. En tal situación cualquier persona puede proceder a su arresto.³

Esta importante consecuencia de la flagrancia hace que sea necesario delimitar bien su concepto. En la mayor parte de nuestras leyes se ha tratado de hacerlo, pero no se ha llegado a una fórmula única, pues no en todos los Códigos de Procedimiento Penal Argentino la noción de flagrancia tiene igual amplitud.

Desde el Derecho Romano es tradicional considerar que hay flagrancia no sólo cuando una persona es sorprendida por otra en la comisión de un delito, sino también en situaciones que se consideran equiparables, denominadas a veces de "*cuasi flagrancia*". Este concepto aparece con pocos matices de diferencia, en casi todos los Códigos de nuestro país; puede servir de ejemplo el art. 330 del Código de Córdoba, inspirado en el art. 41 del Código de Instrucción Criminal de Francia: "Se considerará flagrante el hecho cuando su autor sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, mientras es perseguido por la fuerza pública, por el perjudicado o por el clamor público, o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en una infracción".⁴

En cambio, el Código Federal, y los de las provincias de Buenos Aires y Salta, limitan la noción de flagrancia sólo al supuesto de que el aprehensor haya presenciado la comisión del delito.⁵

En algunas provincias se requiere además que el delito esté

² Constitución de Buenos Aires: art. 13; Catamarca: art. 36; Córdoba: art. 12; Mendoza: art. 17; San Juan: art. 8°; San Luis: art. 28; Tucumán: art. 31; Chubut: art. 29; Formosa: art. 12; Neuquén: art. 36; Santa Cruz: art. 26; Código Federal: art. 2; Corrientes: art. 3; Entre Ríos: art. 6; Salta: art. 2; San Juan: art. 2; Santa Fe: art. 14; Santiago del Estero: art. 5.

³ Disposiciones constitucionales de las provincias citadas en las notas 1 y 2, y además, Código Penal de la Nación: arts. 239 y 240; Código federal: arts. 3, 4, 184, inc. 4°, 368, inc. 2° y 369; Buenos Aires: art. 184; Catamarca: arts. 255, 258 y 162, inc. 8°; Córdoba: arts. 329, 332 y 142, inc. 5°; Corrientes: arts. 5, 6, 170, inc. 4° y 368, inc. 2°; Entre Ríos: arts. 7, 8, 321, inc. 4° y 400, inc. 2°; Jujuy: arts. 300, 303 y 173, inc. 4°; La Rioja: arts. 321, 323, 324 y 197, inc. 5°; Mendoza: arts. 289, 293 y 192, inc. 7°; Salta: arts. 3, 4, 143, inc. 4°, 326, inc. 2° y 327; San Juan: arts. 3, 4, 87, inc. 4°, 271, inc. 2° y 272; San Luis: art. 226, inc. 2°; Santa Fe: arts. 18, 108, inc. 4°, 190, inc. 2° y 191; Santiago del Estero: arts. 5 y 133, inc. 4°.

⁴ Código de Catamarca: art. 256; Corrientes: art. 4°; Entre Ríos: art. 9°; Jujuy: art. 301; La Rioja: art. 322; Mendoza: art. 290; San Juan: art. 5° (con criterio algo más restrictivo); Santa Fe: art. 19.

⁵ Código federal: art. 5°; Buenos Aires: art. 185; Salta: art. 5°.

reprimido con pena privativa de la libertad y sea perseguible de oficio.⁶

Existe otro caso, el de la fuga de presos, en el cual se admite también la detención sin orden. Los Códigos más antiguos, que siguen la línea del código federal, describen con minucia este supuesto. El art. 368 de dicho cuerpo legal establece que: "...cualquiera persona puede aprehender:..."

"3°) Al que se fugare del establecimiento penal en que se hallare extinguiendo su pena."

"4°) Al que fugare del lugar en que estuviese esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que debiese cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia irrevocable."

"5°) Al que fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior."

"6°) Al que se fugare estando preso por causa pendiente."

"7°) Al procesado y condenado que estuviese en rebeldía".⁷

En realidad, todas estas hipótesis pueden reducirse a dos: la del preso que fuga para eludir la aplicación de una pena impuesta por sentencia irrevocable (incs. 3, 4 y 5), y la de rebeldía del procesado (incs. 6 y 7). En la primera hipótesis se trata de hacer cumplir una pena, y por eso la medida autorizada no puede considerarse como detención dirigida al aseguramiento *procesal* de un sospechado. En la segunda, en cambio, existe una situación de ese carácter, que suscita reminiscencias del "*cri de haro*" medieval.⁸

⁶ Se prevé también que puede efectuarse la detención cuando el delito fuera de los perseguibles sólo por requerimiento de la parte ofendida, si ésta expresa su voluntad de denunciar el hecho (Código de Córdoba; art. 329; Jujuy: art. 300; La Rioja: art. 321; Mendoza: art. 289).

En la mayor parte de nuestras leyes procesales se contempla en forma separada de la flagrancia, mas con su mismo efecto la circunstancia de sorprenderse al delincuente cuando comienza a ejecutar su acción delictiva, pero tal supuesto corresponde, es obvio, al concepto de aquella (*Malagarriga y Sasso, Procedimiento Penal Argentino*, Bs. Aires, 1910, t. I, p. 462. Cod. Federal: art. 368, inc. 1°; Corrientes: art. 368, inc. 1°; Córdoba: art. 331, inc. 1°; Entre Ríos: art. 400, inc. 1°; Jujuy: art. 302, inc. 1°; La Rioja: art. 323, inc. 1°; Mendoza: art. 291; inc. 1°; Salta: art. 326, inc. 1°; San Juan: art. 271, inc. 1°; San Luis: art. 226, inc. 1°; Santa Fe: art. 190, inc. 1°.

⁷ En igual sentido: Corrientes: art. 368, incs. 3, 4, 5, 6 y 7; Entre Ríos: art. 400, incs. 3, 4, 5, 6 y 7; Salta: art. 326, incs. 3, 4, 5, 6 y 7; San Juan: art. 271, incs. 3, 4, 5, 6 y 7; Santa Fe: art. 190, incs. 3, 4, 5, 6 y 7; San Luis: art. 226, incs. 3, 4, 5, 6 y 7.

⁸ En cuanto el clamor obligaba a todos a participar en la persecución, v. *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana (Espasa Calpe)*, Madrid, 1925. t. XXVII, p. 734, voz "*haro*".

El particular que en los casos enumerados ha prendido a alguien debe entregarlo de inmediato a la autoridad.⁹

b) *Detención por la policía*

Corresponde ahora examinar el caso más corriente de detención sin orden judicial: la llevada a cabo por funcionarios policiales con motivo de la comisión de un delito. La ley prevé que en los mismos casos en que los particulares se hallan facultados para detener sin orden, la policía está obligada a hacerlo; pero existe además otra causa en cuya virtud aquella institución ha de proceder aún sin mandato judicial: el hecho de que medien vehementes sospechas de comisión de un delito contra una persona determinada.¹⁰

Por regla general, la policía está obligada a entregar al detenido a la autoridad judicial en un plazo brevísimo. Las leyes usan los terminos "inmediatamente" y "en las primeras horas hábiles del despacho del juez".¹¹

Cabe señalar que esta prescripción no se cumple, en la práctica, dentro de límites tan estrictos. Ello obedece a que la policía — de acuerdo con las facultades que le conceden nuestras leyes — realiza una prevención sumaria de corte judicial, y por lo general envía al Juez el detenido, juntamente con el legajo de pruebas recogidas, una vez terminada dicha prevención, lo que requiere de dos a tres días.

Sin embargo, durante la prevención policial se suele avisar por teléfono o por telégrafo al magistrado competente sobre las

⁹ Disposiciones constitucionales de las provincias citadas en las notas 1 y 2, excepto La Rioja, Chaco, Chubut y Santa Cruz. Cod. Federal: arts. 3 y 370 in fine; Catamarca: art. 258; Córdoba: art. 332; Corrientes: arts. 5 y 371 (el art. 5 establece la obligación de entrega inmediata en tanto que el art. 371 confiere un plazo de 24 horas); Entre Ríos: arts. 7 y 401; Jujuy: art. 303; La Rioja: art. 324; Mendoza: art. 293; Salta: arts. 3 y 328 in fine; San Juan: arts. 3 y 273 in fine; San Luis: art. 228 in fine; Santa Fe: arts. 18 y 192 in fine; Santiago del Estero: art. 5. El Código federal y varios códigos provinciales establecen que al entregar al detenido a la autoridad, el particular, si lo ha sorprendido *in fraganti*, debe afirmarlo así bajo juramento (Cód. federal: art. 3; Corrientes: art. 5; Entre Ríos: art. 7 y 401 in fine; San Luis: art. 228 in fine; Santa Fe: art. 18).

¹⁰ Código federal: art. 4; Córdoba: art. 331, inc. 3°; Corrientes: art. 6; Entre Ríos: art. 8; Jujuy: art. 302, inc. 3°; La Rioja: art. 323, inc. 3°; Mendoza: art. 291, inc. 3°; Salta: art. 4; San Juan: art. 4.

¹¹ Código federal: arts. 4 y 370; Catamarca: art. 257; Córdoba: art. 334; Corrientes: arts. 6 y 371; Entre Ríos: arts. 8 y 401; La Rioja: art. 326; Mendoza: art. 292; Salta: arts. 4 y 328; San Juan: arts. 4 y 273; San Luis: art. 228; Santa Fe: art. 192. Las constituciones provinciales establecen la obligación de dar aviso de la detención al juez en un plazo de 24 hs. y poner al detenido a su disposición (Constitución de Catamarca: art. 38; Córdoba: art. 15; Entre Ríos: art. 24; Jujuy: art. 25; Salta: art. 30; San Juan: art. 11; San Luis: art. 30; Santa Fe: art. 11; Santiago del Estero: art. 21; Tucumán: art. 32; Chaco: art. 18; Chubut: art. 32; Formosa: art. 12; Neuquén: art. 37; Río Negro: art. 9°; Santa Cruz: art. 23).

detenciones verificadas y consultarlo sobre la forma en que ha de procederse con las personas detenidas. No es raro, en tales casos, que los jueces dispongan por la misma vía la libertad de estas personas cuando la medida ha sido notoriamente improcedente.¹²

Es de destacar la función que atribuye a la policía el Código de la Provincia de Buenos Aires. De acuerdo con sus prescripciones, los funcionarios policiales pueden ser autorizados a instruir el sumario, y no sólo las diligencias previas, como en las otras provincias, gozando inclusive de la facultad judicial de decretar detenciones.¹³

Es importante tener presente, por último, que cuando la detención debe efectuarse en un domicilio particular, la policía, en los casos anteriormente indicados, no puede penetrar en él sin orden judicial de allanamiento.¹⁴ Pero esta regla no se aplica :

1°. Cuando sea denunciado por uno o más testigos, el haber visto a personas que han asaltado una casa, introduciéndose en ella, con indicios manifiestos de ir a cometer algún delito.

2°. Cuando se introduzca en la casa un reo acusado de delito grave a quien se persigue para su aprehensión.

3°. Cuando se oigan voces dentro de la casa que anuncien que se está cometiendo algún delito, o cuando en ella pidan socorro.¹⁵

2°. Detención por orden judicial¹⁶

a) *Simple detención*

En esta materia las leyes argentinas pueden dividirse en dos

¹² Barberis, Código de Procedimientos en lo Penal y Leyes Complementarias, Buenos Aires, 1956, t. I. p. 7.

¹³ Código de Buenos Aires: arts. 92 y 446.

¹⁴ Constitución Nacional: art. 18; Constituciones provinciales: Buenos Aires: art. 21; Catamarca: art. 21; Córdoba: art. 19; Corrientes: art. 12; Jujuy: art. 31; La Rioja: art. 32; Mendoza: art. 14; Salta: art. 24; San Luis: art. 24; Santa Fe: art. 18; Santiago del Estero: art. 13; Tucumán: art. 30; Chaco: art. 12; Chubut: art. 25; Formosa: art. 10; Neuquén: art. 33; Río Negro: art. 6; Santa Cruz: art. 26. Código federal: art. 188; Buenos Aires: art. 446, inc. 4°; Catamarca: art. 193; Córdoba: art. 228; Corrientes: art. 177; Entre Ríos: art. 323; Jujuy: art. 176; La Rioja: art. 249; Mendoza: art. 228; Salta: art. 147; San Juan: art. 91; Santiago del Estero: art. 169.

¹⁵ Código federal: art. 189; Catamarca: art. 196; Córdoba: art. 231; Corrientes: art. 178; Entre Ríos: art. 324; Jujuy: art. 177; La Rioja: art. 253; Mendoza: art. 231; Salta: art. 148; San Juan: art. 92; Santiago del Estero: art. 172.

¹⁶ Nos limitamos a los códigos procesales, pero es justo advertir que las constituciones provinciales establecen algunas normas en cuanto al fundamento y la forma de la orden de detención: se requiere la existencia de algún indicio serio de culpabilidad que surja de una investigación ya iniciada, y la exacta determinación de las personas contra quienes se dirige el mandato (conf. disposiciones constitucionales citadas en las notas 1 y 2, y Constitución de Buenos Aires: art. 14; Jujuy: art. 25; Mendoza: art. 18; Salta: art. 29; San Juan: art. 7°; San Luis: art. 29; Santa Fe: art. 10; Chaco: art. 18).

grupos, casi iguales en número. Las que siguiendo el viejo modelo del Código Federal, establecen de manera expresa solamente los requisitos formales que deben reunirse en una orden judicial de detención, a la que llaman genéricamente "orden de prisión". Esta, de acuerdo con el art. 373 del Código Federal debe contener :

- 1°. El nombre del juez que dicta la orden.
- 2°. La persona o autoridad que debe ejecutarla.
- 3°. El delito por el cual se procede.
- 4°. Los datos de identificación de la persona contra quien se dirige la orden.
- 5°. El lugar al que se ha de conducir dicha persona.
- 6°. Si esta persona ha de estar incomunicada o no.¹⁷

La orden debe ser escrita en virtud del art. 18 de la Constitución Nacional. No surge de los más antiguos Códigos ninguna obligación de notificar la orden de detención al que ha de sufrirla, y nada disponen expresamente sobre los requisitos *substanciales* para la orden de detención judicial, de modo que vienen a autorizarla por leve que sea el delito cometido, así como autorizan la captura en caso de flagrancia sin distinguir la calidad de la infracción.

Un panorama mucho más satisfactorio ofrecen los Códigos provinciales de sanción más moderna, que han tratado con prolijidad este tema. Se los puede subdividir, porque sus soluciones no son exactamente iguales. En un grupo pueden colocarse los códigos de Buenos Aires y San Luis; en el otro los de Córdoba, Catamarca, Jujuy, La Rioja, Mendoza y Santiago del Estero. A pesar de las diferencias que existen entre ellos, todos parten de la idea de que no es necesario privar de la libertad a quienes no se impute más que delitos leves. Varios de estos códigos también establecen, consecuentemente, que la detención sin orden sólo puede verificarse cuando el delito es reprimido con pena privativa de la libertad.

Las leyes del primer grupo determinan en general dos condiciones para que proceda la orden de detención :

1) que existan serios indicios (usan la expresión : "semiplena prueba") de culpabilidad ;

2) que el delito que es motivo de la detención sea reprimido con una pena cuyo término medio exceda de dos años de prisión.¹⁸

¹⁷ En igual sentido: Código de Corrientes: art. 374; Entre Ríos: art. 406; Salta: art. 331; San Juan: art. 276; Santa Fe: art. 195.

¹⁸ Código de Buenos Aires: art. 172; San Luis: art. 213.

Las leyes del segundo grupo exigen, también en general, para la procedencia de la detención :

1) que exista fundamento para que el juez interroge al imputado (esto se llama "indagatoria");

2) que el delito esté reprimido con pena privativa de la libertad, y que no pueda corresponder condenación condicional (ésta puede ser concedida, según el art. 26 del Código Penal, cuando la pena impuesta a un delincuente primario no exceda de dos años de prisión o reclusión, o sea de multa).¹⁹

En los Códigos de ambos grupos se encuentran, sin embargo, excepciones a las reglas enunciadas. La orden de detención puede dictarse aunque el hecho que la motive no esté reprimido con pena privativa de libertad, si hay motivos fundados para creer que la simple citación no será obedecida, o se teme que, dejado en libertad el imputado, la aprovechará para burlar la acción de la justicia, sea fugándose, concertándose con los cómplices, tratando de inducir a los testigos a declaraciones falsas, o borrando las huellas del delito. El Código de la Provincia de Buenos Aires establece además que cuando el imputado no tenga domicilio en el territorio de ese Estado, debe detenersele en todo caso, e impone igual procedimiento cuando se trate de reincidentes, de personas que tengan causa penal pendiente, o de procesados por hurto o robo.²⁰

Finalmente, los Códigos de Buenos Aires y San Luis establecen que cuando la detención preventiva no proceda en razón de la pena fijada para el delito, se puede disponer la detención hasta por ocho días con objeto de efectuar la indagatoria, fijar domicilio legal, instruir las primeras diligencias del sumario, y mientras se recibe la prueba testimonial en el sumario o el plenario.²¹

Los Códigos estatuales a los que nos venimos refiriendo contienen también expresa referencia de los requisitos formales de la orden de detención. La orden debe ser escrita, salvo casos de urgencia en que el juez la puede impartir verbalmente, dejando luego constancia en los autos, y debe contener datos precisos de identi-

¹⁹ Código de Córdoba: arts. 326 y 327; Catamarca: arts. 253 y 254; Jujuy: art. 297 (pero no exige que se reúnan los requisitos necesarios para recibir la declaración indagatoria); La Rioja: arts. 318 y 319; Mendoza: arts. 287 y 288; Santiago del Estero: arts. 253 y 254.

²⁰ Código de Buenos Aires: art. 172.

²¹ Código de Buenos Aires: art. 173; San Luis: art. 214. Esta disposición tiene en vista, sin duda, los casos en que la libertad del procesado impide el trámite normal de la causa, pero al no exigir expresamente que tal circunstancia ocurra en realidad o que haya motivos serios para presumir que sucederá tal cosa, otorga al juez una latitud excesiva.

ficación de aquel contra quien vaya dirigida, junto con la mención del hecho que se le imputa.²²

Frente al problema que suscita, en los primeros momentos, la investigación de un hecho cometido en un lugar donde se encuentran varias personas, sin que se conozca desde un principio al autor, nuestras leyes facultan tanto al juez, como a los funcionarios y empleados de la policía para impedir que alguna de ellas se aleje, y también para privar de la libertad a cualquiera de los presentes en que se tenga sospecha.²³ El Código Federal y los que siguen su método, distinguen entre la detención motivada por la existencia de sospechas contra varias personas y la que tiene origen en la necesidad de interrogar a todos los presentes; autorizando en el primer caso a que la detención se prolongue hasta 48 horas, y en el segundo, sólo el lapso preciso para recibir la declaración.²⁴ Los Códigos de corte más moderno no hacen distinción y ponen como término máximo para el arresto 24 horas.²⁵

¿Cuánto tiempo puede durar la detención ordenada por un juez? Aquí también se pone de manifiesto la dualidad de nuestros sistemas procesales. Las leyes antiguas dejan un gran vacío en esta materia, cosa que no sucede con las de nuevo modelo. En efecto, el Código Federal fija un término de 24 horas para que se reciba la declaración indagatoria de los detenidos, vale decir, para que comparezca ante el juez y éste los interroge,²⁶ pero el Código olvida determinar un plazo para que cumplido ese acto se resuelva sobre su libertad. Como es lógico, los tribunales, puestos frente a un caso de privación de libertad prolongada de manera exorbitante, han declarado inadmisibles que se mantenga indefinidamente en detención a un individuo en espera de los elementos de prueba que justifiquen dicha detención. Una vez presentada la declaración indagatoria, es preciso decretar la prisión preventiva si hay mérito, y si no lo hay, la detención resulta improcedente y debe revocarse la orden que la dispuso.²⁷

Los Códigos provinciales más modernos trazan límites precisos

²² Código de Buenos Aires: art. 186; Catamarca: art. 254; Córdoba: art. 328; Jujuy: art. 299; La Rioja: art. 320; Mendoza: art. 288; San Luis: art. 229; Santiago del Estero: art. 255.

²³ Código Federal: art. 364, incs. 1° y 2°; Buenos Aires: art. 178, incs. 1° y 2°; Catamarca: art. 252; Córdoba: art. 333; Corrientes: art. 363, incs. 1° y 2°; Entre Ríos: art. 395, incs. 2° y 3°; Jujuy: art. 304; La Rioja: art. 325; San Luis: art. 218, inc. 1°; Santa Fe: art. 185, incs. 1° y 2°. El código de Córdoba y los que le siguen denominan "arresto" a este caso.

²⁴ Código federal: art. 365; Corrientes: art. 364; Entre Ríos: art. 397; Salta: art. 323; San Juan: art. 268; Santa Fe: art. 186.

²⁵ Disposiciones de los códigos de Catamarca, Córdoba, La Rioja y Mendoza citadas en la nota 23, y código de Jujuy: art. 305.

²⁶ Ver más adelante nota 31.

²⁷ Fallos de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, tomo 1°, página 307.

para la prisión preventiva; sin embargo los términos corren desde momentos distintos. Para los Códigos de Buenos Aires²⁸ y Jujuy,²⁹ es necesario dictar el auto de prisión preventiva o dejar en libertad al detenido dentro del plazo de *diez días*. Para el Código de San Luis ese plazo es de 48 horas³⁰ a partir de la recepción de la *declaración indagatoria*, la que debe producirse a las 24 horas de la detención (ésta es una regla inalterable de nuestro derecho procesal, generalmente cumplida).³¹

Para las leyes de Catamarca,³² Córdoba,³³ Mendoza,³⁴ Santiago del Estero³⁵ y La Rioja,³⁶ la resolución sobre el proceso del imputado la cual va acompañada de la decisión sobre su libertad, debe tener lugar a los 6 días, según los primeros y a los 8 días de acuerdo con el último, *contando desde el momento de la detención*.

b) Prisión preventiva

Al comienzo de este trabajo dimos la noción de este procedimiento y en párrafo anterior hemos señalado el término en que el juez debe dictar el auto de prisión preventiva. Consideremos ahora cuáles son los requisitos de forma y fondo que se deben reunir.

Las condiciones que fijan nuestras leyes para el procedimiento de esa medida son invariablemente :

- 1) que se compruebe la existencia de un hecho delictivo;
- 2) que se haya recibido la declaración indagatoria del imputado o que éste se haya negado a prestarla; y
- 3) que existan elementos racionales de convicción acerca de su culpabilidad.

La primera y tercera condición se expresan con lenguaje distinto en los Códigos de nuevo y viejo tipo. En los nuevos las fórmulas son amplias y vagas (semiplena prueba, indicios vehementes, . . .), en cambio, en los viejos se usan términos que implican exigencias más estrictas.³⁷

²⁸ Art. 181.

²⁹ Art. 307.

³⁰ Art. 222.

³¹ Cod. de la Capital: art. 237; Buenos Aires: art. 119; Catamarca: art. 259; Córdoba: art. 244; Corrientes: art. 249; Entre Ríos: art. 368; Jujuy: art. 216; La Rioja: art. 264; Mendoza: art. 294; Salta: art. 195; San Juan: art. 141; San Luis: art. 148; Santa Fe: art. 222; Santiago del Estero: art. 193.

³² Art. 270.

³³ Art. 336.

³⁴ Art. 307.

³⁵ Art. 258.

³⁶ Art. 327.

³⁷ Código federal: art. 366; Buenos Aires: art. 179; Catamarca: arts. 270 y 271; Córdoba: arts. 336 y 338; Corrientes: art. 366; Entre Ríos: art. 398; Jujuy: art. 307; La Rioja: arts. 327 y 329; Mendoza: arts. 307 y 308; Salta: art. 324; San Juan: art. 269; San Luis: art. 219; Santa Fe: art. 187; Santiago del Estero: arts. 258 y 260.

No existe uniformidad legislativa en el punto tocante a si es posible decretar la prisión preventiva por delitos que no se reprimen con privación de la libertad. Los viejos Códigos guardan silencio, en tanto que los nuevos responden por la negativa,³⁸ y uno de ellos, el de Mendoza, requiere aún una pena de dos años de prisión. La laguna del Código Federal y los que le siguen ha sido llenada por la jurisprudencia, en igual sentido que lo hacen las leyes de más reciente data.³⁹

Pero de nada sirve enunciar las condiciones si no se puede controlar su cumplimiento. La práctica inconveniente de no fundar los autos de prisión preventiva ha obligado a muchas leyes a describir minuciosamente la forma en que debe dictárselos (narrar brevemente el hecho, citar las fojas en que constan los elementos de convicción, son los requerimientos más ilustrativos).⁴⁰

II. DETENCIÓN POR MOTIVOS DISTINTOS A LA COMISIÓN DE UN DELITO

1°. Detención con fines de seguridad

a) Durante el estado de sitio

El art. 23 de la Constitución Nacional prescribe que "en caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales". En definitiva se ha consagrado una institución de origen francés, que trata de asimilar la situación del país en guerra o perturbado por desórdenes interiores a la de una plaza sitiada, donde impera el principio "*salus populi suprema lex esto*". Respecto de la libertad personal el art. referido, en su segunda parte, estatuye: "pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí, ni aplicar penas, su poder se limitará en tal caso con respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino". Así pues, los individuos, si bien pueden ser detenidos y trasladados de un lugar a otro del territorio por motivos de seguridad, no pueden ser sometidos a regímenes penales de excepción, aplicados por órganos de la admi-

³⁸ Código de Catamarca: art. 276; Córdoba: art. 339; Jujuy: art. 308; La Rioja: art. 330; Mendoza: art. 312; Santiago del Estero: art. 261.

³⁹ Fallos de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 3°, p. 377.

⁴⁰ Código de Buenos Aires: art. 180; Catamarca: art. 272; Córdoba: art. 337; Jujuy: art. 307; La Rioja: art. 328; Mendoza: art. 309; Santiago del Estero: art. 259.

nistración o por su propio jefe y, además, la misma privación de la libertad puede ser evitada saliendo del país.

El estado de sitio es algo bien distinto de la suspensión del *habeas corpus* del derecho angloamericano. En este caso sólo la libertad personal sufre desmedro; en el estado de sitio todas las garantías constitucionales se ven restringidas, si bien la libertad personal lo es en grado algo menor a lo que ocurre en el derecho angloamericano, en el que no existe opción para salir del país.⁴¹

El poder de arrestar y trasladar a las personas no se extiende a la detención de los miembros de los organismos supremos de gobierno, porque el estado de sitio está destinado a preservar a las autoridades creadas por la Constitución y no a imposibilitar su actuación. Por ello en el año 1893, cuando un destacado político argentino, el senador Leandro N. Alem, fue arrestado en virtud del estado de sitio imperante, la Corte Suprema ordenó su libertad.⁴²

Párrafo aparte merece el derecho a optar por salir del país. La demanda de salida debe dirigirse al P. Ejecutivo⁴³ y no a los tribunales. El Poder Ejecutivo no puede poner como condición para el detenido que desea salir del territorio, que fije su residencia en un lugar determinado del extranjero.⁴⁴ No puede autorizar la salida de quien tiene causas penales pendientes, porque entonces su comparecencia quedaría librada a su voluntad.⁴⁵

En cuanto a cuáles son los órganos facultados para declarar el estado de sitio, es preciso distinguir entre el caso de ataque exterior y el de conmoción interior. En el primero, el presidente de la República decreta el estado de sitio con acuerdo del Senado.⁴⁶ En el segundo, la declaración corresponde al Congreso, y si éste no está en sesiones, al presidente, pudiendo la legislatura dejar sin efecto el estado de sitio al reunirse.⁴⁷ Cabe señalar, además, que de acuerdo con la opinión prevaleciente, el estado de sitio sólo puede ser declarado por el gobierno federal, con exclusión de los poderes provinciales.⁴⁸ Cuando la declaración del estado de sitio, como consecuencia de una conmoción interior, es efectuada por el P. Ejecutivo, tiene un término limitado al igual que en la situación de ataque exterior.⁴⁹

⁴¹ Juan A. González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 1931, T. II, p. 287.

⁴² Fallos, Tomo 54, p. 432.

⁴³ Fallos: Tomo 115, página 498.

⁴⁴ Fallos: Tomo 200, páginas 253 y 264.

⁴⁵ Fallos: Tomo 237, página 260.

⁴⁶ Constitución Nacional: arts. 53 y 86, inc. 19.

⁴⁷ Constitución Nacional: arts. 67, incs. 26 y 86, inc. 19.

⁴⁸ González Calderón, *op. et. vol. cit.* p. 295.

⁴⁹ Constitución Nacional, art. 86, inc. 19. Todas las declaraciones de estado de sitio habidas en el país pueden verse en la publicación oficial "Materiales para la Reforma Constitucional", Buenos Aires, 1957, III Estado de Sitio, p. 65 y sigs.

b) *El llamado "Estado de Guerra Interno"*

El estado de guerra está previsto por los artículos 23, 53 y 67 (incs. 21 y 22 de la Constitución Nacional), así como los poderes del presidente como jefe supremo de las fuerzas armadas en el art. 86 (incs. 15, 16 y 17). La *Ley Marcial*, consiste en bandos (que son algo así como ordenanzas penales dictadas y aplicadas por la autoridad militar sobre la población civil de las zonas de operación o zonas de guerra y también de los lugares afectados por una conmoción que ocasione la importancia de la autoridad civil para mantener el orden público.⁵⁰ Es así como en el año 1943 la *Ley Marcial* fue proclamada por un gobierno revolucionario desde el 4 al 8 de junio en toda la Nación.⁵¹

Hacemos esta referencia para recordar una peculiarísima institución, que estuvo vigente en el país hasta la caída de la dictadura peronista y fue creada por ella con la denominación de "Estado de Guerra Interno". El 28 de septiembre de 1951 ocurrió un levantamiento a consecuencia del cual se declaró a la Nación en estado de guerra interno,⁵² para justificar el uso de los poderes de guerra por parte del Poder Ejecutivo, con el principal efecto práctico de autorizar la detención discrecional de las personas y como consecuencia no conceder la opción de salir del país, situación inherente según se ha visto a las detenciones efectuadas durante el "estado de sitio". En este momento resultaba pues superfluo el estado de sitio, el que no surgió por largo tiempo, hasta que se le implantó nuevamente en vísperas de la Revolución de septiembre de 1955⁵³ y finalizó el 28 de junio de 1957.⁵⁴ Se decretó de nuevo para la Capital Federal y la Provincia de Buenos Aires por un periodo de treinta días, desde el 4 de octubre hasta el 4 de noviembre de ese mismo año.⁵⁵ En 10 de mayo de 1958 se instaló el nuevo gobierno constitucional que declaró el estado de sitio el 11 de noviembre por un límite de treinta días,⁵⁶ luego, el 11 de diciembre sin limitación de tiempo.⁵⁷

⁵⁰ Código de Justicia Militar, arts. 131 y sigtes. Ed. oficial, Buenos Aires, 1951. Anales de Legislación Argentina, Buenos Aires, T. XI-A, p. 195.

⁵¹ Decreto no. 1 de 4 de junio de 1943, derogado por decreto no. 28 de 8 de junio de ese mismo año, ver Anales de Legislación Argentina, 1943, Buenos Aires, Tomo III, p. 169.

⁵² Ley 14.062 (en Materiales para la Reforma Constitucional vol. cit. p. 120). Fue derogada por el decreto 140/55 (en Materiales..., vol. et. loc. cit.).

⁵³ Ley 14.427, Ley 14.433. Anales de Legislación Argentina, 1955, Buenos Aires, T. XV-A, páginas 13 y 28.

⁵⁴ Decreto-ley 7298/57. Anales de Legislación Argentina, 1957, Buenos Aires, T. XVII-A, p. 570.

⁵⁵ Decreto-ley 12.717/57, Anales... cit. en la nota 14, p. 765.

⁵⁶ Decreto 9764/58 y ley 14.774, Anales de Legislación Argentina, 1958, Buenos Aires, T. XVIII-B, p. 1223 y T. XVIII-A, p. 286.

⁵⁷ Ley 14.785, Anales de Legislación Argentina, 1958, t. XVIII-A, p. 319.

c) Movilización de Civiles

Para enfrentar la subversión se han usado otros medios legales, como la movilización de civiles decretada sobre la base del art. 27 de la Ley de Organización de la Nación para tiempo de guerra,⁵⁸ con el fin de impedir huelgas que afecten los servicios públicos esenciales. Ultimamente, el presidente con invocación de sus poderes de guerra decreta la sumisión de los civiles a los Tribunales Militares, en caso de que dichos civiles cometan delito contra la seguridad pública,⁵⁹ en momentos en que la población se hallare amenazada por un movimiento clandestino sumamente ramificado que emplea el terrorismo sin límite. Tal medida no se aplica para los delitos cometidos después de la entrada en vigencia de la "Nueva Ley de Seguridad" que restablece la competencia del Poder Judicial para esos casos.⁶⁰

Estas normas no han dotado, en verdad, al Poder Ejecutivo de poder discrecional para privar de la libertad. Ellas han simplemente extendido la competencia de los Tribunales Militares, que actúan ante la comisión de delitos con las formalidades prescriptas por el Código de Justicia Militar.

d) Expulsión de Extranjeros

Había en nuestro sistema jurídico un artículo en el que se autorizaba la detención por motivos de seguridad; era el caso de la expulsión de extranjeros, permitida por "la Ley 4.144", que fue derogada hace poco tiempo.⁶¹

El art. 4° de esta ley concedía al Poder Ejecutivo facultad para detener a los extranjeros indeseables mientras se preparaba su salida del país. La Jurisprudencia declaró que esa detención no podía prolongarse sin límite en espera de la efectiva expulsión.⁶²

2°. Detención en virtud del Poder de Policía. Otros casos

En el último caso citado ya nos encontramos frente a disposiciones con un fin de intervención policíaca, como el que consta en el art. 9 del decreto de 31 de diciembre de 1923,⁶³ el cual faculta a las autoridades de inmigración para mantener detenidos a bordo

⁵⁸ Ley 13.234, Anales de Legislación Argentina, 1948, Buenos Aires, T. VIII, p. 72.

⁵⁹ Decreto 2639/60. Boletín Oficial del 10 de marzo de 1960.

⁶⁰ Ley 15.293, Boletín Oficial de 12 de agosto de 1960.

⁶¹ Ley 4144, Anales de Legislación Argentina, Complemento 1889-1919, Buenos Aires, 1954, p. 560. Ley 14.445, Anales de Legislación Argentina, 1958, Buenos Aires, T. XVIII-A, p. 58.

⁶² Fallos: Tomo 180, p. 196.

⁶³ Anales de Legislación Argentina, Complemento 1920-1940, Buenos Aires, 1953, p. 901.

a las personas cuyo desembarco está prohibido por la Ley de Inmigración, en espera de su reconducción al lugar de origen. En virtud del art. 9 de la Ley de profilaxis antivenérea los funcionarios de sanidad están facultados para ordenar la hospitalización forzosa de los enfermos renuentes al tratamiento.

En la misma línea figuran prescripciones que autorizan a la Policía Federal, para "detener con fines de identificación y en circunstancias que lo justifiquen, por un lapso no mayor de 24 horas; a toda persona de la cual sea necesario conocer los antecedentes".⁶⁴

Otro art. es el de la privación de la libertad de los dementes, que sólo puede ser decretada por el juez cuando sea de temer que a causa de su enfermedad el enfermo se daña a sí mismo o daña a los demás (art. 482 del Código Civil). Para tal fin la Corte Suprema basada en un *habeas corpus*, estableció la necesidad de autorización judicial para la reclusión de los insanos, salvo en el caso en que aquella tenga carácter de urgencia.⁶⁵

Otros Casos.

No queremos dejar de mencionar los arrestos disciplinarios que pueden imponer los Tribunales (los Tribunales Federales pueden ordenarlos hasta por cinco días, según podemos apreciar en el contenido del art. 18 de la Ley de Organización), y las Cámaras del Congreso, éstas en ejercicio de poderes implícitos, tal como en los Estados Unidos.⁶⁶

También en el ámbito del derecho de familia encontramos facultades de los padres para privar de la libertad a los hijos sujetos a su potestad (art. 218 del C. Civil), y así lo reconoció la Corte Suprema en un *habeas corpus* intentado a favor de un menor a quien su progenitor había corregido encerrándolo en su casa.⁶⁷

III. REVISIÓN JUDICIAL DE LAS DETENCIONES. DERECHOS DE LOS DETENIDOS

1°. Revisión de las medidas de detención dentro del proceso. Derechos procesales de los detenidos

Los detenidos por la comisión de un delito tienen la posibilidad de que su situación se revise en la etapa preparatoria del proceso, vale decir, el sumario. Ya hemos visto como aún antes de que el

⁶⁴ Art. 5°, inc. 1°, de la Ley Orgánica de la Policía Federal, decreto-ley 333/58. Anales de Legislación Argentina, 1958, Buenos Aires, Tomo XVIII-A, p. 465.

⁶⁵ Fallos: Tomo 139, p. 154.

⁶⁶ *González Calderón*, op. et. vol. cit., p. 536.

⁶⁷ Fallos: Tomo 239, p. 6.

imputado haya comparecido personalmente ante el juez, puede éste dejar sin efecto la medida adoptada. También sabemos que el magistrado debe decidir rápidamente sobre la situación del detenido, ya sea dejándolo en libertad, ya sea decretando su prisión preventiva. Tal resolución puede ser revocada en cualquier momento, si el juez, visto el desarrollo de la investigación, no la considera justificada. Aparte de ello, la orden de prisión preventiva es apelable, lo que proporciona otra oportunidad más de revisión.

Ahora bien, la Constitución Nacional garantiza la libre defensa en juicio,⁶⁸ al igual que las Constituciones provinciales.⁶⁹ En éstas, y también en los Códigos de procedimientos, se enuncian otras garantías de fundamental importancia: la presunción de inocencia,⁷⁰ la publicidad de las pruebas,⁷¹ el derecho de los detenidos a ser notificados de la causa de la detención.⁷²

Una de las maneras típicas de las leyes procesales para atenuar los males derivados del solo hecho del proceso consiste en la admisión de un sistema más o menos amplio de excarcelaciones. Por este procedimiento es posible que el imputado al que se le haya decretado prisión preventiva recupere su libertad durante el tiempo en que se tramita el proceso.

Pero si es cierto que el sumario es una etapa del proceso durante la cual es posible modificar la situación del detenido, también es verdad que tratándose primordialmente de una investigación, por su naturaleza requiere cierta reserva y cautela. De ello puede derivar conflicto entre la necesidad de realizar una investigación eficiente y la exigencia, no menos imperiosa, de cumplir con las prescripciones constitucionales de garantía para el imputado.

Las leyes de procedimiento optan por soluciones de transacción: los derechos del procesado son reconocidos, pero no hasta el punto de ser obstáculo para la acción del juez, dotado de amplio

⁶⁸ Constitución Nacional: art. 18.

⁶⁹ Constitución de Catamarca: art. 30; Córdoba: art. 9°; La Rioja: art. 26; Salta: art. 26; San Juan: art. 17; San Luis: art. 26; Santa Fe: art. 17; Santiago del Estero: art. 19; Tucumán: art. 27; Chaco: art. 17; Chubut: art. 32; Formosa: art. 13; Neuquén: arts. 32 y 50; Río Negro: art. 8.

⁷⁰ Constitución de Catamarca: art. 25; Córdoba: art. 17; La Rioja: art. 24; San Juan: art. 14; San Luis: art. 26; Santiago del Estero: art. 19; Chubut: art. 28; Río Negro: art. 8; Santa Cruz: art. 24. Código de La Rioja: art. 2°; Código de Mendoza: art. 1°.

⁷¹ Constitución de Catamarca: art. 33; Córdoba: art. 9°; Corrientes: art. 31; Entre Ríos: art. 28; La Rioja: art. 26; San Juan: art. 18; San Luis: art. 26; Santa Fe: art. 17; Santiago del Estero: art. 23; Tucumán: art. 27; Chubut: art. 32; Neuquén: art. 50; Santa Cruz: art. 19. Las disposiciones de los códigos se citan más adelante.

⁷² Constitución de Buenos Aires: art. 16; Catamarca: art. 39; Mendoza: art. 19; Salta: art. 30; San Juan: art. 9°; San Luis: art. 30; Santiago del Estero: art. 21; Chubut: art. 32; Formosa: art. 12; Neuquén: art. 37; Río Negro: art. 8°; Santa Cruz: art. 23. Las disposiciones de los códigos se citan más adelante.

poder discrecional. Sin embargo, es preciso destacar la supervivencia, en los Códigos antiguos de nuestro país, del espíritu del sistema inquisitivo, que hace que se rompa el equilibrio a favor de supuestas necesidades de la investigación. Esa tendencia inquisitiva desaparece en los códigos que han seguido el sistema del Código de la Provincia de Córdoba.

Contemplemos ahora el sumario más de cerca, para obtener una visión concreta de las oportunidades de defensa que otorga al detenido.

Los Códigos de factura más moderna prescriben que la orden de detención debe ser notificada a la persona contra quien va dirigida, en el momento de ejecutarse, con lo cual ésta se enterará de la causa de su prendimiento.⁷³ En cambio, el Código Federal y los que lo siguen no contienen prescripción alguna en tal sentido, y establecen que al terminar el interrogatorio del imputado se le ha de comunicar la causa de su prisión.⁷⁴ Esto parece dar a la indagatoria el carácter de lazo o trampa que tuvo en el sistema inquisitivo, pero que muchos preceptos de esas mismas leyes rechazan.

El interrogatorio es un acto que no puede menos de causar una seria molestia al indagado, pero al mismo tiempo constituye su oportunidad para dar explicaciones y aclarar su situación.⁷⁵ Las leyes, sin excepción, rodean de garantías al procesado: no debe prestar juramento,⁷⁶ ni ser reconvenido o amenazado, no se le deben dirigir preguntas capciosas u oscuras,⁷⁷ puede dictar sus decla-

⁷³ Disposiciones citadas en la nota 22, excepto las de los códigos de Buenos Aires y San Luis.

⁷⁴ Código federal: art. 255; Buenos Aires: art. 128; Corrientes: art. 265; Entre Ríos: art. 389; Salta: art. 213; San Juan: art. 159; San Luis: art. 157; Santa Fe: art. 240. En los casos en que procede la detención sin orden, nuestras leyes no establecen ningún deber legal de instruir al detenido acerca de los motivos de la privación de libertad que sufre. La Constitución de Neuquén (art. 37) dispone: "... Con la detención de una persona se elaborará un acta que será firmada por ella misma si es capaz y donde se le comunicará la razón del procedimiento, el lugar donde será conducido y el magistrado que interviene".

⁷⁵ Las leyes lo establecen expresamente. Así v. gr., el código federal dice: "... Se permitirá al procesado manifestar cuanto tenga por conveniente para su descargo o para la explicación de los hechos ..." (art. 246, conf. Cod. de Buenos Aires: art. 122; Catamarca: art. 263, 1a. parte; Córdoba: art. 248, 2a. parte; Corrientes: art. 257; Entre Ríos: art. 379; Jujuy: art. 222; La Rioja: art. 268, in fine; Mendoza: art. 299, 1a. parte; Salta: art. 204; San Juan: art. 150; San Luis: art. 151; Santa Fe: art. 230).

⁷⁶ Cod. federal: art. 240; Catamarca: art. 260, 2º párrafo; Córdoba: art. 249; Corrientes: art. 253; Entre Ríos: art. 373; Jujuy: art. 220; La Rioja: art. 270; Mendoza: art. 296; Salta: art. 198; San Juan: art. 144; Santa Fe: art. 227; Santiago del Estero: art. 198.

⁷⁷ Cod. federal: art. 242; Catamarca: art. 260; Córdoba: art. 250; Corrientes: art. 254; Entre Ríos: art. 375; Jujuy: art. 221; La Rioja: art. 269; Mendoza: art. 296; Salta: art. 200; San Juan: art. 146; Santa Fe: art. 227; Santiago del Estero: art. 199.

raciones,⁷⁸ se le debe dar descanso,⁷⁹ puede solicitar diligencias,⁸⁰ no tiene obligación de declarar y su negativa no puede considerarse presunción de culpabilidad en contra suya.⁸¹ Finalmente, puede presentarse a declarar cuantas veces quiera.⁸²

En lo que toca a la asistencia letrada, las leyes reconocen al imputado el derecho a nombrar defensor,⁸³ pero dan a éste facultades muy reducidas durante el sumario. Ante todo, tiene derecho a presenciar la declaración indagatoria y las diligencias que en el juicio plenario no podrán ser reproducidas, como pericias, reconstrucciones, etc.⁸⁴ Su presencia debe ser forzosamente pasiva, según las leyes antiguas,⁸⁵ y en cambio, de acuerdo a las nuevas, puede intervenir si el juez lo consiente.⁸⁶ También tiene derecho, fuera de los actos procesales, a comunicarse con su defendido,⁸⁷ pero esta facultad

⁷⁸ Cod. federal: art. 247; Buenos Aires: art. 123; Catamarca: 263; Córdoba: art. 250; Corrientes: art. 258; Entre Ríos: art. 380; Jujuy: art. 222; La Rioja: art. 269; Mendoza: art. 299; Salta: art. 205; San Juan: art. 151; San Luis: art. 152; Santa Fe: art. 232; Santiago del Estero: art. 199.

⁷⁹ Cod. federal: art. 244; Catamarca: art. 263; Córdoba: art. 250; Corrientes: art. 255; Entre Ríos: art. 378; Jujuy: art. 224; La Rioja: art. 269; Mendoza: art. 299, in fine; Salta: art. 202; San Juan: art. 148; Santa Fe: art. 229; Santiago del Estero: art. 199.

⁸⁰ Disposiciones citadas en la nota 75.

⁸¹ Cod. federal: art. 239; Buenos Aires: art. 120; Catamarca: arts. 260 y 262; Entre Ríos: art. 371; Jujuy: art. 219; La Rioja: art. 267; Mendoza: art. 298; Salta: art. 197; San Juan: art. 143; San Luis: art. 149.

⁸² Cod. federal: art. 254; Buenos Aires: art. 128; Catamarca: art. 264; Córdoba: art. 253; Corrientes: art. 264; Entre Ríos: art. 390; Jujuy: art. 231; La Rioja: art. 273; Mendoza: art. 304; Salta: art. 212; San Juan: art. 158; San Luis: art. 158; Santa Fe: 239; Santiago del Estero: art. 202.

⁸³ Código federal: arts. 9 y 255; Buenos Aires: arts. 1, 1 y 128; Catamarca: arts. 75 y 77; Córdoba: arts. 99 y 102; Corrientes: arts. 9 y 265; Entre Ríos: arts. 218 y 220; Jujuy: art. 103; La Rioja: arts. 100 y 103; Mendoza: arts. 99 y 102; Salta: arts. 9 y 213; San Juan: arts. 14 y 159; San Luis: arts. 64, 65 y 157; Santa Fe: arts. 48, 49 y 240. Si el procesado no designa defensor, el juez debe designarle uno de oficio, a menos que lo autorice a defenderse por sí mismo. Casi todas las disposiciones citadas indican esto con perfecta claridad.

⁸⁴ Código federal: art. 339; Buenos Aires: art. 161; Catamarca: art. 177; Córdoba: art. 214; Entre Ríos: art. 495; Jujuy: art. 193; La Rioja: art. 215; Mendoza: art. 211; Salta: art. 297; San Juan: art. 242; San Luis: art. 202; Santa Fe: art. 308; Santiago del Estero: art. 155.

⁸⁵ Disposiciones citadas en la nota 89.

⁸⁶ Disposiciones citadas en la nota 90.

⁸⁷ Código Federal: art. 680; Corrientes: art. 685; Entre Ríos: ley 2445, art. 20; Salta: art. 610; San Juan: art. 498; Santa Fe: art. 615. Nos parece que esa libertad de comunicación es una exigencia primordial de la defensa. En un caso de *habeas corpus* a favor de detenidos por el Poder Ejecutivo durante el estado de sitio, las visitas de los defensores a sus defendidos sufrieron serias restricciones. Sometido el caso a la Corte Suprema, el Tribunal resolvió que no existía restricción substancial de la defensa, contra la opinión del Presidente de la Corte, Alfredo Orgaz, y del Procurador General, Sebastián Soler (Fallos: Tomo 236, p. 632).

encuentra una seria restricción en el poder del juez para decretar por un lapso más a menos prolongado, según las legislaciones, la interdicción de la comunicación del detenido con el exterior.⁸⁸

Con respecto a los demás actos del sumario, ellos son rigurosamente secretos en los Códigos de vieja data.⁸⁹ En los más recientes, en cambio, el imputado y su defensor pueden examinar el expediente y también cabe que el juez los autorice a presenciarse diligencias, e inclusive a tomar intervención en ellas. Toda la legislación establece la posibilidad de efectuar peticiones al juez, sin que éste quede obligado a satisfacerlas.⁹⁰

No se reconoce derecho a recurrir ante un Tribunal Superior por las simples órdenes de detención.⁹¹ En cambio los Códigos nuevos establecen la apelabilidad del auto de procesamiento,⁹² y, por

⁸⁸ Código federal: arts. 256 y 257; Buenos Aires: art. 444; Catamarca: art. 182; Córdoba: art. 216; Corrientes: arts. 266 y 267; Entre Ríos: arts. 414 y 415; Jujuy: art. 232; La Rioja: art. 217; Mendoza: art. 216; Salta: arts. 214 y 215; San Juan: arts. 160 y 161; San Luis: art. 516 (pero no impide la comunicación entre defensor y procesado); Santa Fe: arts. 199 y 200; Santiago del Estero: art. 183. Es la conocida facultad de incomunicación. Se fija a ésta un término estricto: tres días en las leyes de Catamarca, Córdoba, Entre Ríos, Jujuy y La Rioja, cuarenta y ocho horas en las de Mendoza, San Luis y Santa Fe, veinticuatro horas en las de Santiago del Estero, y en el código federal, y los de Buenos Aires. Salta y San Juan: cinco días. Estos plazos pueden prorrogarse por otro tanto en el Código Federal y los de las provincias de Corrientes, Jujuy y Salta. La policía tiene facultad para mantener incomunicadas a las personas que detiene (cod. federal: art. 184, inc. 10; Catamarca: art. 162, inc. 8; Corrientes: art. 171, inc. 4°; Entre Ríos: art. 321, inc. 9°; Jujuy: art. 173, inc. 4°; Mendoza: art. 192; inc. 7° - sólo por dos horas -; Salta: art. 143, inc. 10; San Juan: art. 87, inc. 10; Santa Fe: art. 108, inc. 10 - sólo 24 hs. -; Santiago del Estero: art. 134, inc. 4.

Las constituciones de las nuevas provincias de Chaco, Chubut, Formosa, Río Negro y Santa Cruz, en las que aun rige el código federal, han disminuído el plazo de 5 días a 48 hs. las del Chaco, Formosa y Río Negro (arts. 17, 18 y 8°, respectivamente) , y 3 días Chubut y Santa Cruz (arts. 32 y 23, respectivamente).

⁸⁹ En realidad, sólo en el Federal (art. 180), y los de Salta (art. 139) y San Juan (art. 83), porque los otros códigos que siguen la estructura del primero no lo imitan en cuanto al secreto del sumario. Corrientes: art. 165; Entre Ríos: art. 270; Santa Fe: art. 101.

⁹⁰ Código de Catamarca: arts. 179 y 181; Córdoba: arts. 212 y 213; La Rioja: arts. 213 y 214; Mendoza: arts. 213, 214 y 215. En principio el sumario, en estos códigos, es público para las partes, pero en ellos, con excepción del de La Rioja, goza el juez de la facultad de ordenar el secreto absoluto por un término limitado (diez días, y quince en el de Catamarca). El Código de Jujuy también establece la publicidad del sumario, pero sin llegar a los detalles que exponemos en el texto. Las constituciones de las nuevas provincias de Chaco, Chubut, Formosa y Neuquén, que aún se rigen por el Código Federal, han abolido el secreto del sumario (arts. 17, 32, 18 y 42 respectivamente).

⁹¹ Código Federal: art. 180; Catamarca: art. 176; Córdoba: art. 211; Corrientes: art. 166; Entre Ríos: art. 270; Jujuy: art. 189; La Rioja: art. 212; Mendoza: art. 210; Salta: art. 139; San Juan: art. 83; Santa Fe: art. 101.

⁹² *Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Ricardo Levene, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 1945, t. II, p. 276, n° 17.*

lo tanto, de la orden de prisión que puede acompañarlo.⁹³ Los antiguos Códigos nada disponen al respecto, pero en general se ha entendido que el auto de prisión preventiva causa un gravamen irreparable y por tanto pertenece al género de las decisiones judiciales que sin ser sentencias definitivas pueden ser objeto de apelación.⁹⁴

2°. Habeas corpus

El procedimiento tradicional para obtener la revisión de detenciones arbitrarias es el *habeas corpus*. Este remedio se encuentra regulado en nuestro país por disposiciones nacionales y provinciales, que, con excepción de algunas de la segunda especie, han sido criticadas por limitar su aplicación sólo a los casos que ocurren con menos frecuencia: los de detenciones dispuestas por funcionarios administrativos sin facultades para ello. En efecto, el Código Federal, al igual que los provinciales a los que ha servido de modelo, estatuye en su art. 617 que se puede interponer recurso de *habeas corpus* contra "toda orden o procedimiento de un funcionario público, tendiente a restringir sin derecho la libertad de una persona" - la jurisprudencia considera comprendidas en esta disposición las amenazas contra la libertad personal -⁹⁵ y la Corte Suprema estableció, aunque no en forma terminante, que el recurso era inadmisibles contra las decisiones de los jueces, sin distinguir las suposiciones en que ellas fueran arbitrarias o adoptadas sin competencia.⁹⁶ En todo caso, afirmó la improcedencia de este recurso contra las decisiones de los jueces que tuvieran competencia para entender en el proceso a raíz del cual se decreta la detención,⁹⁷ y declaró que, por vía de principio, el recurso de *habeas corpus* no autoriza a substituir a los jueces de una causa en las decisiones que les son propias, esto es, en la revisión de medidas que pertenecen al proceso.⁹⁸

Hace poco tiempo, en una sentencia trascendental sobre el llamado recurso de amparo, (en el caso Kott),⁹⁹ la mayoría de la

⁹³ Código de Catamarca: art. 275; Córdoba: art. 343; La Rioja: art. 334; Mendoza: art. 311; Santiago del Estero: art. 265, y disposiciones citadas en la nota n° 38.

⁹⁴ Barberis, op cit. T. I, p. 402, art. 366. Este es el criterio de los tribunales de apelación, pero la Corte Suprema Nacional no admite, por principio, que el auto de prisión preventiva cause gravamen irreparable, a los efectos del recurso extraordinario de inconstitucionalidad (Fallos: Tomo 4, 238, p. 76; 239, p. 495).

⁹⁵ Fallos: Tomo 151, 238 y 216, 606 y Cámara Federal de la Capital en Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Tomo 27, sec. jurisprudencia, pág. 444.

⁹⁶ Fallos: Tomos 60, p. 397, 67, p. 63, 71, p. 427 y 72, p. 328.

⁹⁷ Fallos: Tomo 219, p. 111.

⁹⁸ Fallos: Tomo 233, p. 103.

⁹⁹ Fallos: Tomo 241, p. 291.

Corte Suprema declaró si bien incidentalmente, que, de acuerdo con la Constitución Nacional, la esfera del *habeas corpus* se extiende a toda privación ilegítima de la libertad, sin distinción acerca de quien emane, e inclusive contra actos del Poder Judicial; y que tal amplitud del recurso, es igual a la del derecho angloamericano, y ella corresponde a la letra y al espíritu de la Constitución.

El alcance de estas expresiones fue, sin embargo, considerablemente reducido por el fallo de la misma Corte *in re "Pucci Vicente"*,¹⁰⁰ donde se puntualizó, con la decisión del entonces presidente del tribunal, que el *habeas corpus* no puede funcionar como recurso para posibilitar la revocación de sentencias firmes dictadas por los tribunales. Como en el ejemplo anterior se trataba de una persona juzgada y condenada por un tribunal militar, la Corte, al resolver el asunto por aplicación del principio mencionado, se apartó de los precedentes angloamericanos para casos similares.¹⁰¹

Pocos días antes, en el caso Kelly, la Corte había ratificado su antigua orientación, volviendo a repetir, bien que sólo por vía de principio, la tradicional regla según la cual el *habeas corpus* no autoriza a substituir a los jueces en la causa y en las decisiones que les son propias.

Cabe advertir, empero, que es muy distinta la amplitud que otorgan al recurso algunos Códigos provinciales, como los de Buenos Aires¹⁰² y San Luis,¹⁰³ los cuales se inspiraron en el *habeas corpus* anglosajón. Estos Códigos contemplan toda privación de libertad, ordenada por autoridades judiciales o administrativas, o aún cometida por simples particulares, y el recurso permite someter a revisión la competencia de los jueces y la legitimidad de cada uno de sus actos que se traduzcan en una privación de la libertad, en la prolongación indebida de una detención existente, o en la falta de cumplimiento de las formalidades establecidas como garantía de los procesados. Análogo alcance dan al recurso varias constituciones provinciales.¹⁰⁴

En el Código Federal el procedimiento del recurso es enteramente sumario.¹⁰⁵ La solicitud de *habeas corpus* puede efectuarla el detenido mismo u otra persona en su nombre, pero no a cualquier juez, sin distinción de grados y fueros, sino a los jueces de primera instancia en lo criminal. El juez debe solicitar inmediatamente del autor de la detención un informe, y en vista de éste resolver el

¹⁰⁰ Fallos: Tomo 243, p. 306.

¹⁰¹ *In re Allen*, 30 L. J. (Q.B.) 38, *ex-parte Milligan* (1866) 4, *Wall* 2, *Duncan v. Kahanamoku* (1946) 327 U.S. 304, para citar casos universalmente conocidos.

¹⁰² Cod. de Buenos Aires: arts. 415 y sigtes.

¹⁰³ Cod. de San Luis: arts. 466 y sigtes.

¹⁰⁴ Constitución del Chaco: art. 16; Formosa: art. 14; Catamarca: art. 42 y Entre Ríos: art. 25.

¹⁰⁵ Arts. 617 y sigtes.

asunto. La presentación de la persona detenida, es un requisito fundamental que da ese nombre al recurso y sólo es exigida, cuando el funcionario autor de la orden de detención no tuviese por razón de su cargo facultad para expedir tales órdenes. La resolución es apelable, pero en los casos en que sea favorable al peticionante, la apelación no puede tener por efecto que se suspenda la ejecución de la orden de libertad.

El *habeas corpus* sólo se ha intentado con frecuencia en la Argentina durante los reiterados periodos de estado de sitio, con motivo de la detención y traslado de personas a que se halla autorizado el Presidente de la Nación por las disposiciones constitucionales a que antes nos hemos referido.

Una nueva jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que tales medidas no son susceptibles de revisión judicial, excepto que medie transgresión de los límites trazados por el propio art. 23 de la Constitución, como sucedería si el Presidente de la Nación aplicara una pena o negara el derecho de opción para salir del territorio argentino, debidamente invocado por el interesado.¹⁰⁶

Si bien algunos fallos recientes ampliaron la posibilidad de control judicial respecto al modo con que el Poder Ejecutivo efectúa las facultades que le corresponden durante el estado de sitio, en lo atinente al derecho de reunión y a la libre publicación de las ideas,¹⁰⁷ una reciente decisión ha mantenido la línea tradicional en lo que atañe específicamente a la detención de personas.¹⁰⁸

La exposición precedente ha sido hecha con un espíritu de total objetividad, y por eso contiene referencias de algunas situaciones poco satisfactorias desde el punto de vista de las garantías individuales. Afortunadamente, las más graves irregularidades han sido, aquellas como el recurso a la declaración de estado de guerra, de carácter transitorio y utilizados por la dictadura derrocada en 1955. El conocimiento cabal de los abusos de poder así como de los defectos de la legislación es tal vez más ilustrativo en esta materia que la descripción de una realidad sin problemas ni conflictos. Para que los derechos del hombre alcancen un alto grado de reconocimiento y de perfección, la experiencia de las imperfecciones reales es un buen camino para tomar conciencia de los problemas y para superar planteos equívocos.

Nos es grato dejar constancia de la importante colaboración que nos ha prestado el Sr. Leopoldo H. Schiffrin en la búsqueda de antecedentes y en la cita y compulsa de textos y fallos.

SEBASTIAN SOLER

EDUARDO H. MARQUARDI

¹⁰⁶ Fallos: Tomos 158, p. 391; 160, p. 104; 167, p. 254; 170, p. 246.

¹⁰⁷ Fallos: Tomos 243, p. 504 y 244, p. 59.

¹⁰⁸ *Zárate José Miguel*, Fallo del 23 de setiembre de 1960.

EXAMEN GENERAL DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL O PREVENTIVA EN EL BRASIL

En el Brasil las formas de detención provisional o preventiva, entendiéndose por esto todas aquellas que no provengan de sentencia condenatoria penal inapelable, se hallan subordinadas al precepto constitucional que dice así: "Nadie será detenido como no se trate de flagrante delito o por orden escrita de la autoridad competente, en los casos previstos por la ley", texto que rige también con respecto a la detención resultante de condena.

Tenemos, pues, en principio que la detención provisional o preventiva, términos estos de los cuales el segundo designa la clase pero contradice el género a que se refiere el primero, sólo podrá emanar de una orden escrita de la autoridad competente. Excepcionalmente el caso de crimen o delito flagrante o la transgresión, en el que incumbe a la autoridad policíaca, como deber, o a cualquier persona, como facultad, el detener al que hallaren en el acto de cometer una infracción penal.

La autoridad con competencia para dictar una orden escrita es, en la mayoría de los casos, el juez de lo criminal y algunas veces el juez civil. Podrá ser también competente, aunque raramente, la autoridad administrativa.

Al examinar las especificaciones, empezaremos por las hipótesis menos frecuentes, que merecen ligeras indicaciones.

Bajo la denominación genérica de prisión administrativa, el Código de Enjuiciamiento criminal de 1941 comprende: la prisión administrativa solicitada a la autoridad policíaca por agentes del poder ejecutivo, como medida coercitiva para obligar a la reposición al responsable por apropiación de fondos públicos; la prisión administrativa del desertor de un buque de guerra o mercante, fondeado en un puerto nacional; la solicitada por la autoridad policíaca por mediación del cónsul respectivo país; la prisión disciplinaria, aplicable en firme por el juez de lo criminal o civil como medida punitiva, para la mejor ordenación del procedimiento; la prisión civil, de la competencia del juez civil con fines coercitivos y, en cierto modo, disciplinarios.

La legislación indica, prudentemente, en la escala jerárquica, el grado de la autoridad a la que confiere la grave facultad de

hacer encarcelar al autor de la apropiación de fondos del erario público. La prisión, que cesará una vez efectuada la reposición de aquellos, no excederá de tres meses. Esta será también la duración máxima de la privación de libertad en la hipótesis *b*, antes mencionada.

Entre las modalidades de prisión administrativa (no referida, sin embargo, en el Código de Enjuiciamiento criminal) puede incluirse la decretada por el ministro de Justicia contra un súbdito extranjero para que comparezca ante el Tribunal Supremo Federal a fin de que éste dictamine sobre la legalidad de la petición formal de extradición. Podrá asimismo dicha autoridad, dentro del ámbito de sus atribuciones administrativas, ordenar la prisión preventiva del inculpado, aunque no se haya completado la instrucción, pero debiendo ser formalizada ésta en el plazo de sesenta días, pasado el cual no se mantendrá la privación de libertad ni podrá ya repetirse con este título la prisión preventiva.

Sin perjuicio del procesamiento y condena eventual por el delito de desobediencia, la prisión disciplinaria podrá imponerse hasta el máximo de quince días, por el juez de lo criminal, al testigo que deje de comparecer para deponer, después de haberle sido hecha la notificación correspondiente. Podrá también imponerla al infractor de la prohibición relativa a destierro local, que es una medida de seguridad consistente en la imposibilidad para el condenado de residir o de permanecer, durante un año como mínimo, en la localidad, municipio o distrito judicial en que se cometió el delito. El juez de lo criminal podrá entonces mantener detenido al infractor hasta que se dicte sentencia.

Al juez civil le compete disponer la prisión disciplinaria, hasta de cinco días, del testigo que se niegue a deponer sin aducir motivos para no hacerlo o después de haber sido rechazada su negativa. También en la esfera civil, al denegar el permiso de casamiento, podrá el magistrado ante quien se hubiera presentado dolosamente, imponer la prisión disciplinaria por un plazo de diez a treinta días.

La prisión civil está prevista en diversos textos de la legislación substantiva civil y mercantil y por la procesal-civil. El juez civil podrá decretarla hasta por el plazo de un año, contra el depositario infiel; hasta el plazo de tres meses en el caso de impago del abono de una pensión alimenticia; y en el caso de no restituir un título crediticio el deudor, cuando le fue presentado para su aceptación o pago. Se añade también la prisión del comerciante que se niega a presentar sus libros cuando le fue ordenado judicialmente; la prisión del corredor de comercio que, según las hipótesis legales, elude el exhibir en juicio su protocolo; la prisión del subastador en caso de mora; la prisión de los trapicheros, de los patronos, gerentes, superintendentes y administradores de almacenes en general, responsables por la entrega de los efectos que hubieran recibido;

y la prisión, por un plazo máximo de sesenta días, del fallido que deja de cumplir las obligaciones que le impone la ley de quiebras. Esta última hipótesis se confunde con la prisión preventiva del fallido, que puede ser decretada por el magistrado civil a consecuencia de un delito de quiebra, en la fase de indagatoria judicial, o posteriormente, por el magistrado de lo criminal, después de haber recibido una denuncia o queja.

Salvo en el caso de prisión del fallido, en la que se acumula el carácter disciplinario al coercitivo con una duración determinada, fijada hasta el máximo de sesenta días, la prisión civil por su característica de compulsión, debe cesar una vez conseguido el fin propuesto.

Al consultar el Código de Enjuiciamiento Criminal, se tiene la impresión de que la garantía del *habeas corpus* no es aprovechable en las varias modalidades a que alude, de prisión administrativa, *lato sensu*. Hay en ese Código preceptos tendentes a impedir, a quien sufre privación de libertad bajo tal norma, el uso del recurso constitucional. Pero este obstáculo no es insuperable y a través de él se infiltra, en muchos casos, la oportuna preservación del derecho a la libertad ilegítimamente lesionada. El artículo 647 declara que "se concederá el *habeas corpus* siempre que alguien sufra o se halle en trance inminente de sufrir violencia o coacción ilegal en su libertad de acción, salvo en los casos de castigo disciplinario". Pero si la sentencia que le condenó no se halla encuadrada con exactitud en los supuestos que la autorizan, podrá concederse el *habeas corpus*. No podría ser de otra manera, aunque la Constitución declara asimismo que "en las transgresiones disciplinarias no cabe el *habeas corpus*".

En cuanto a la prisión administrativa coercitiva contra los responsables por malversación de fondos públicos, el Código de Enjuiciamiento Criminal, después de decir que no cabe el *habeas corpus* añade ciertas excepciones encaminadas a proteger la libertad vulnerada o amenazada: "salvo si la petición fuese acompañada de la prueba de quita o de depósito de la malversación cometida, o si la prisión excediera del plazo legal". Es inevitable también que la jurisdicción criminal ante la que se formula la petición entre en el examen de la alegación de falta de causa justa para la prisión, o de la legitimidad o ilegitimidad, por otros varios conceptos, de la orden precedente de la autoridad administrativa.

Un precepto del procedimiento civil concede el recurso ordinario con efecto suspensivo, contra la orden de prisión civil. Así pues, interpuesto ese recurso (con aportación de prueba) deja de ejecutarse la sentencia judicial, en espera de su confirmación por la jurisdicción superior. Cuando se entable dicho recurso, no hay necesidad de solicitar el *habeas corpus*, cuya conveniencia no queda, sin embargo, excluida en última apelación. Y es utilizable sin restric-

ciones en el supuesto de que se niegue el efecto suspensivo al recurso ordinario: en el caso de la prisión del fallido por incumplimiento de sus obligaciones legales.

Como forma única de privación de libertad que no requiere la preexistencia de la orden escrita, la prisión por flagrante delito debe ir acompañada de un mandato debidamente formalizado. En él se consignarán las declaraciones del que haya detenido al preso y de los testigos que le acompañen, así como las del acusado. De no haber testigos de la infracción, las dos personas que hayan asistido a la presentación del detenido a la autoridad firmarán la comparecencia. Cuando el inculpado se niegue a firmar, no sepa o no pueda hacerlo, el auto de prisión por flagrante delito será firmado por dos testigos instrumentales, que hayan escuchado la lectura, a presencia del acusado, del que efectuó la detención y de los testigos. Si el inculpado, aunque penalmente responsable en razón de su edad (si ha cumplido ya 18 años) no llegue a la edad de 21, es indispensable que le asista un curador durante la instrucción del sumario por flagrante delito.

Los jueces se muestran celosos del cumplimiento de las formalidades procesales en la instrucción del sumario por flagrante delito, anulándolo si contiene defectos esenciales y restituyendo la libertad al preso, cuando no crean preferible decretar simultáneamente la prisión preventiva, lo cual sucede excepcionalmente.

En el capítulo sobre la prisión en caso de flagrante delito, el Código de Enjuiciamiento Criminal dispone además la entrega de un extracto del pliego de cargos al inculpado, dentro de las 24 horas siguientes a su detención. Firmado por la autoridad, indica el motivo de la prisión, el nombre de quien efectuó la detención y los de los testigos. El preso acusará recibo de aquel, recibo que irá firmado por dos testigos si él no supiera escribir, no pudiese o no quisiera firmarlo.

Este extracto del pliego de cargos representa una importante garantía de defensa, lo cual explica la referencia que igualmente que en la norma procesal, se hace en la Carta política, fiel a la tradición establecida en tal sentido en tiempos del Imperio. La necesidad de su entrega al preso aminora el riesgo de detenciones ilegítimas, ya que en su texto constan los datos suficientes para apreciar la legalidad de la orden.

Es posible, como se ha dicho, que en ambos tipos de infracciones existentes en el derecho brasileño (delitos y contravenciones) la prisión en caso de flagrancia no entraña necesariamente el mantenimiento en la cárcel del acusado. Así sucederá si resultase del conjunto de pruebas al instruir el sumario sospecha fundada contra el detenido, quien será entonces encarcelado. En caso negativo será puesto en libertad por propia decisión de la autoridad policíaca que

haya incoado el procesamiento.

La misma consecuencia podrá producirse en las siguientes circunstancias :

a) cuando se trate de una infracción en la que sea admisible la fianza, en cuyo caso una vez prestada dicha fianza el detenido será puesto en libertad. La norma principal con respecto a la admisión o a la denegación de fianza es que no se admite ésta, por lo general, en los delitos que entrañen penas de reclusión siendo, en cambio, admisible la fianza en los que irroguen la pena de detención. En cuanto a las contravenciones (o infracciones) son también por regla general susceptibles de admisión de fianza aquellas cuya pena privativa de libertad prevista (reclusión simple) exceda de tres meses.

b) cuando se trata de infracción en que el inculpado no sufre privación de libertad o si es solamente castigada con multa (algunas infracciones), o cuando el máximo de la pena privativa de libertad no excede de tres meses.

c) cuando se comprueba que la infracción es de acción privada, o incluso cuando es de acción pública condicionada al requerimiento del leso y éste no manifiesta, sin dilación, su intención de entablar la *persecutio criminis*.

Así pues, es indudable que, aun en el caso de acción privada o de acción pública a instancia del leso, es aplicable la prisión por flagrancia. No sería posible la excepción ya que al ejecutor le suelen faltar los conocimientos jurídicos que autorizarían su aplicación. Pero una vez efectuada la detención, el mantenimiento del delincuente en prisión dependerá de que el leso exprese su propósito de incoar el procesamiento.

Puede suceder que la conducta del detenido en flagrante delito no haya sido antijurídica y quede encuadrada en una de las causas justificativas penales (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio regular de un derecho, estricto cumplimiento del deber legal). En tal caso, tampoco debe subsistir la prisión. Pero la ley procesal que confiere facultades a la autoridad policíaca para decidir con respecto a las otras situaciones anteriormente descritas, no la confiere, pero sí al juez de lo criminal, la atribución de decidir sobre la justificación del comportamiento del agente. Le incumbe a la autoridad policíaca remitir urgentemente el auto de flagrante delito al tribunal para su debida resolución.

Bajo la influencia de modelos europeos, la vigente legislación procesal penal del Brasil considera, conjuntamente con la situación de flagrante delito propiamente dicho, y entrañando los mismos efectos que éste, el cuasi flagrante delito. No sólo se entiende por flagrante delito aquel en que se está cometiendo la infracción penal o en que acaba de cometerse (flagrante delito propiamente dicho) sino también aquel que es perseguido "inmediatamente después"

de verificarse la infracción, por la autoridad, por el ofendido o por cualquier persona, en situación que haga presumir que es el autor de la infracción, así como el individuo que es encontrado "inmediatamente después" portador de instrumentos, armas, objetos o papeles que permitan suponer que sea el autor de la infracción.

La doctrina procesal recomienda discreción en la interpretación y en la aplicación de los textos referentes al cuasi flagrante delito que no debe desnaturalizar el concepto de flagrante delito hasta el punto de permitir la detención de simples sospechosos, en condiciones que no entrañen una seguridad probatoria de un acto criminoso, realizado poco antes. En cuanto al significado de las locuciones que expresan el elemento cronológico, se recomienda que el margen de discreción que deja la ley no rebase lo que permite una leal interpretación: la detención debe ser inmediatamente sucesiva al hecho o circunstancia que la motiva, o, por lo menos, la persecución del delincuente que se evade después de realizada la infracción debe desarrollarse sin solución de continuidad, de manera a mantener la idea de palpitante actualidad del hecho, idea adecuada para justificar la perentoriedad de las medidas represivas establecidas con respecto a la prisión por flagrante delito.

Mediante una orden del juez de lo criminal en resolución fundamentada, al iniciarse una acusación de delito o durante la instrucción del proceso, podrá el inculpado ser privado provisionalmente de su libertad. Esta es la detención preventiva.

En un amplio sentido, toda prisión anterior a una condena judicial es preventiva. Pero la técnica procesal utiliza la denominación con un alcance restringido, dejando a este fin de incluir en ella la prisión subsiguiente a la condena apelable e incluso la dimanante de pronunciamiento. En nuestro procedimiento el fallo de pronunciamiento es la resolución por la cual, en los delitos dolosos contra la vida, el juez, reconociendo la existencia de delito con los indicios suficientes de ser su autor el acusado, ordena la prisión de éste o, si estuviera ya detenido, que se le mantenga recluído para someterse al fallo del Jurado.

La prisión preventiva es obligatoria en los delitos penados con reclusión por un plazo máximo, igual o superior a 10 años. En este caso al decretarla, el juez se limitará a consignar su firme fundamento por la certeza de la existencia de un delito susceptible de pena tan dilatada y de los indicios expresivos de ser autor de aquel el acusado. A falta de cualquiera de estos dos requisitos se descartará el empleo de la restricción excepcional. Tampoco será decretada si los elementos probatorios iniciales mostrasen la configuración de una de las cuatro causas justificativas, ya citadas.

Debe, pues, el juez penetrar, aunque discretamente, en el examen de la prueba, para comprobar si las sospechas fundadas recaen sobre el acusado. Esta enjuiciamiento preliminar de la cualidad

de la acusación es sumamente valioso ya que la denuncia, iniciadora de la acción contiene no pocas veces acusaciones temerarias. En numerosas ocasiones la distracción del magistrado en la directriz expuesta da lugar a una eficaz apelación a los tribunales superiores, por medio del *habeas corpus*, único recurso utilizable en este caso y, por otra parte satisfactorio, dada la razonable rapidez de la solución que proporciona. Dictada indebidamente la prisión preventiva, se puede entre tanto obtener del plazo de un mes la corrección del error por el Tribunal de la unidad federativa donde haya ocurrido el hecho, siendo posible, en caso de que fuese denegada la orden de libertad, recurrir al Tribunal Supremo Federal que sigue la pauta de conceder una absoluta preferencia al juicio del recurso. Añádase a esto que el nuevo examen, bajo esta forma, de la decisión de primer grado, no exige que el acusado haya sido detenido. En la mayoría de los casos sucede incluso que la revocación de la medida de privación de libertad se concede sin que haya sido ésta ejecutada.

Así pues, a pesar de tratarse de una obligatoriedad relativa, lo cual reduce la aplicación de la severa exigencia legal fundada en la gravedad de la pena impuesta, prevalece con anuencia de los legisladores la opinión de que debe excluirse todo caso de indeclinabilidad con respecto a la prisión preventiva y que se debe volver al sistema en vigencia anteriormente, en el que la medida quedaba siempre sometida al criterio del juez.

Sigue siendo facultativa dicha medida en los delitos castigados con penas que no lleguen al límite de diez años, ante una de las razones universalmente aceptadas : con miras a garantizar el orden público, a la conveniencia de la instrucción criminal o al interés de asegurarse de la aplicación de la ley penal. Se entiende generalmente que quedaría más preservada la libertad individual si ante alguno de esos tres motivos se requiriese siempre para la privación de libertad un previo veredicto condenatorio.

La prisión preventiva no es aplicable en las infracciones (o contravenciones).

El problema de la prisión preventiva induce, por una inevitable asociación de ideas, a pensar en otro : el de las detenciones ilegales. Es tan amplia la facultad concedida al magistrado de hacer detener preventivamente al acusado de un delito, que pudiera parecer absurdo el que utilicen también las autoridades policíacas las detenciones arbitrarias para el esclarecimiento de un delito en la fase indagatoria. En efecto, la ley declara que "en cualquier periodo de la indagatoria policíaca o de la instrucción sumarial podrá aplicarse la prisión preventiva decretada de oficio por el juez a requerimiento del Ministerio público o a instancia de la autoridad policíaca, habiendo prueba de la existencia de delito e indicios suficientes para presumir que el acusado es el autor de aquel". Así, podrá la autori-

dad policíaca en cualquier momento de su indagatoria, si lo juzgase necesario, solicitar del juez la detención del inculcado, aportando pruebas de la realidad de la infracción y de los indicios graves que contra aquel existan.

Se hace observar, sin embargo, que por lo general la policía no sigue ese camino recto y prefiere detener abusivamente a los sospechosos mientras está efectuando las diligencias de las que da cuenta sólo a la justicia, después de concluidas dichas diligencias y al remitir el atestado al tribunal, ocultando así, como se ve, la ilegalidad cometida. En unos comentarios al Código de Enjuiciamiento Criminal publicados poco después de su promulgación se hace resaltar que debían las autoridades policíacas amoldarse al sistema, establecido en la ley, de solicitar, durante la indagatoria, la prisión preventiva en el supuesto de que la detención del inculcado por indicios fuese indispensable, en lugar de detenerle *ex proprio Marte*, como se hacía corrientemente. Aduje entonces que, en aquella época (1945) las llamadas detenciones "para investigaciones policíacas" seguían siendo una lamentable realidad que no ignoraba el que actuaba ante la justicia. No eliminaría por completo la mala costumbre de solicitar de las autoridades la prisión preventiva en beneficio de la búsqueda de la prueba en la indagatoria, pero sí reduciría sus proporciones. Transcurridos más de 15 años no modifiqué mi criterio. A pesar de que tal ilegalidad fue siempre condenada por la conciencia jurídica del país, no se ha efectuado la indispensable represión, aunque las violaciones del derecho a la libertad cometidas en el ejercicio de la función pública constituyen un delito conforme al artículo 350 del Código penal.

Se pensó incluso, como correctivo de ese estado de cosas, conceder de un modo expreso la facultad a las autoridades policíacas de practicar detenciones en beneficio de la investigación criminal, aparte del caso de la prisión por flagrante delito. Sería una manera de legalizar la situación insostenible contra la cual no se ha reaccionado. No creo, sin embargo, que el problema se resuelva con la concesión de más amplios poderes a la policía. Es siempre peligroso aumentar la facultad de la prisión preventiva. Seguirá habiendo excesos innecesarios, ahora bajo el amparo más flexible de la ley. Ni hay motivo para creer que la mayor extensión permisiva de un nuevo precepto pusiera fin a los abusos. Es de suponer que los alentaría.

El mencionado principio constitucional que delimita los casos de prisión, haciéndolos emanar de una orden escrita de la autoridad competente, salvo en la hipótesis del flagrante delito, fue reforzado por otro que estipula: "La prisión o detención de cualquier persona será inmediatamente notificada al juez competente, que la suspenderá si no fuese legal y, en los casos previstos en la ley, establecerá la responsabilidad de la autoridad coartadora".

Garantizadora en apariencia, esta disposición no da, sin embargo, los frutos esperados, porque la autoridad policíaca arbitraria se abstiene simplemente de comunicar al juez la prisión (o la detención, ya que son palabras equivalentes) que realiza, cuando sea ilegal, imposibilitando así la protección jurídica contra los excesos. Las notificaciones que se efectúan son exclusivamente las referentes a las detenciones legales. Y cuando se formula una petición de *habeas corpus* la disculpa frecuente de la autoridad coartadora consiste en negar, en contra de la verdad, la prisión ilegal o, lo cual es más corriente, en disimular la ilegalidad explicando que no hubo prisión sino una simple comparecencia del inculpado para prestar declaración.

En el ámbito forense, reconozco que la prisión preventiva, institución cuya utilidad nadie pone en duda, se emplea escasamente cuando se deja al criterio del magistrado. El deber de fundamentar la concesión de la medida, impuesta por imperativo legal, sirve de defensa contra las demasías, ya que la justificación de la resolución queda siempre sujeta a nuevo examen por los tribunales superiores mediante la petición virtual del *habeas corpus*.

En orden a las restricciones a la libertad corporal, sin hablar de las que resultan de la imposición de una pena, deben también considerarse las medidas de seguridad personales aprehensoras, aplicables no sólo por sentencia condenatoria sino en las absolutorias e incluso como medida de precaución, en el curso de la acción legal o antes.

Hay una que se impone a los acusados absueltos: el internamiento en un manicomio penitenciario, en relación con el enajenado o el retrasado mental irresponsable. La duración de la medida, como sucede con todas las medidas de seguridad personales, es indeterminada, pudiendo cesar cuando, a través de nuevos reconocimientos periódicos de las condiciones del enfermo, se llegue a la conclusión de que ha desaparecido su peligrosidad. Una vez dado de alta en el manicomio, quedará durante un plazo previsto en la ley, sometido a libertad vigilada.

Pero lo que importa subrayar con respecto a las medidas de seguridad y a los fines de esta exposición, es la posibilidad de aplicar no sólo el internamiento del inculpado en un manicomio penitenciario, sino también en un establecimiento sanatorial penitenciario, por simples indicios de hechos punibles, ya sea en la fase de la indagatoria o en el curso de la instrucción judicial, de una manera muy semejante a la prisión preventiva. El Código penal prescribe que durante el proceso el juez podrá someter los enfermos mentales, los ebrios habituales o los toxicómanos a las medidas de seguridad que les sean aplicables. Y éstas, para los primeros, se reducen al internamiento en un manicomio penitenciario y, para

las otras dos clases de anormales psíquicos, en un establecimiento sanatorial penitenciario, institución híbrida destinada a la custodia y a la terapéutica.

Para que el internamiento provisional, en el caso último indicado, sea admisible, es necesario que el enfermo haya cometido un delito, en estado de embriaguez, provocado por el alcohol o por una sustancia estupefaciente, siendo habitual la embriaguez. Se afirma una presunción de peligrosidad *ex vi legis*, haciéndose después obligatoria la imposición de la medida si hubiera sentencia condenatoria. En la expectativa de condena, el juez, anticipándose y obrando en beneficio de la salud del enfermo y además a los fines de preservación social, decretará, provisionalmente, la citada medida de seguridad.

La utilidad de esta disposición es indiscutible. Y no se vislumbra ofensa alguna con ella a la libertad individual, porque su carácter jurisdiccional la exime de toda mancha.

No hacemos uso en el Brasil de la expresión internamiento administrativo, objeto de controversias en otras partes. Fuera de las escasas situaciones ya examinadas, no hay casos de prisión por iniciativa y a discreción de órganos integrados en el poder ejecutivo, debiendo apenas examinar, conforme a lo previsto en los reglamentos de policía, la prisión custodiada de ebrios y enfermos mentales como disposición asistencial y de defensa, inserta en la actividad preventiva de la policía. Si el hecho fuera puesto a debate por un tribunal, seguramente se reconocería la justificación del estado de necesidad.

Fuera de la órbita de la ilicitud penal y ya casi en la esfera del infortunio, hay que decir una palabra sobre el internamiento compulsivo de los atacados de ciertas dolencias infecciosas, por orden de las autoridades encargadas de la defensa de la salubridad pública, a fin de intentar la curación por medios más aptos y principalmente para impedir la propagación por contagio.

Lo que en este párrafo queda dicho presupone, naturalmente, la normalidad de la vida de la nación, es decir, la vigencia de las garantías constitucionales. Estas, sin embargo, pueden ser suspendidas parcialmente, conforme prevé la propia Constitución, cuando se produce una conmoción interna grave o unos hechos que pateticen que ésta va a estallar o en el caso de guerra exterior. Puede entonces el Congreso nacional o en el intervalo de sus sesiones, el presidente de la República, decretar el "estado de sitio", medida que concede al poder ejecutivo unos poderes mucho más amplios, aunque delimitados en la Constitución, para mantener el orden público.

La ley que decreta el estado de sitio establecerá las normas a que deberá obedecer su ejecución e indicará las garantías consti-

tucionales que sigan en vigor. Y entre las garantías suspendidas, como es obvio, figura siempre la libertad individual, de ir y venir. Especificando las medidas que podrán adoptarse contra las personas durante el estado de sitio decretado ante la inminencia de graves perturbaciones del orden interior o durante éstas, la Constitución incluye expresamente la "detención en establecimiento no destinado a reos de delitos comunes" y el "destierro a cualquier localidad, poblada y salubre, del territorio nacional".

Ahí están, pues, unas formas de prisión que quedan al arbitrio del presidente de la República o de los agentes designados para la ejecución del estado de sitio, el cual, con arreglo a las circunstancias, podrá extenderse a todo el territorio nacional o sólo a una determinada parte de él.

Afortunadamente, gozamos desde larga fecha en este país de un régimen de franquicias constitucionales, sin necesidad alguna de disposiciones de excepción.

Expuesto sucintamente el mecanismo de la legislación brasileña con respecto a las formas de restricción provisional o procesal de la libertad individual, vamos a terminar haciendo resaltar algunos de sus aspectos. En beneficio de la seguridad pública ante unos actos delictivos, la privación de libertad sólo es legalmente aplicable en virtud de un procedimiento represivo, aunque en su origen está siempre sometida al control, más o menos amplio, de la autoridad judicial. Este control es eludido a veces por medio de ilegalidades, como sucede en otros países. Pero la previsión de la ley se orienta en el sentido de ejercerse con la amplitud adecuada. Incluso en algunos casos en que, aparentemente, se exceptúa la concesión del *habeas corpus*, este recurso se utiliza para anular la detención que infrinja los requisitos jurídicos básicos. Los mandamientos de prisión, propiamente dichos, son expedidos por las autoridades judiciales. En los casos de prisión administrativa, a la autoridad administrativa compete el requerir a la policía para que ésta efectúe una detención. No expide propiamente un mandamiento, sino un requerimiento, una petición. Verdad es que tal requerimiento no puede ser desatendido y equivale, por lo tanto, a un mandamiento. Pero la prisión administrativa, al ser menos corriente, no llega a originar preocupaciones ni invalida la norma casi absoluta con arreglo a la cual los mandamientos de prisión proceden de la autoridad judicial.

En el caso de prisión por flagrante delito es, como se ha visto, el extracto del pliego de acusación lo que da al inculpado pleno e inmediato conocimiento oficial de los términos de la acusación. Si la detención se verifica en cumplimiento de un mandamiento judicial, éste deberá adaptarse a unas rigurosas formalidades, que aseguren al detenido el conocimiento del acto criminoso que se le imputa.

Debe autenticar el documento la firma de la autoridad competente. Debe el detenido ser designado con toda la exactitud posible para evitar errores en el cumplimiento de la orden. El motivo de la detención estará claramente expresado, con indicación del texto penal infringido. Como se sabe, por la simple referencia a la parte dispositiva de la ley, si la infracción permite la admisión de una fianza, esta podrá ser prestada, dispensándose así el cumplimiento del mandamiento. Por esto mismo y para mayor claridad, es obligatorio señalar entonces la cuantía de la fianza evaluada.

Hay preceptos que limitan temporalmente la privación de libertad. La prisión por flagrante delito subsiste si la indagatoria policíaca no estuviera terminada en el plazo de diez días. Una vez detenido el acusado los testigos de cargo, en la fase de la instrucción judicial, deberán ser oídos en el plazo máximo de veinte días, contados desde el término del plazo de tres días para la defensa previa o (si el inculcado desistiera de ésta) desde la fecha del interrogatorio, que constituye la primera diligencia de la instrucción del proceso judicialmente. Los tribunales admiten la legalidad de la prolongación algo excesiva de la detención cuando la demora provenga de un motivo bien justificado.

Si la conveniencia de la investigación lo aconsejase, podrá la autoridad policíaca, mediante una resolución en la pieza indagatoria, determinar que el acusado por indicios, que se hallaba legalmente preso, sea mantenido en incomunicación, por el plazo máximo de tres días. Esta es la única coyuntura en que la legislación permite que el acusado carezca de la posibilidad de mantener contacto con su abogado o con cualquier otra persona. Sin embargo, esta disposición no suele adoptarse.

Excepto en la fase de la indagatoria policíaca, nadie podrá ser procesado sin la asistencia de un abogado. Una norma constitucional garantiza la plenitud de defensa con todos los medios que le sean esenciales. Si el acusado no designa defensor, el juez lo nombrará de oficio. Es el denominado abogado "dativo". Ciertamente, en la práctica, la figura del abogado dativo queda con frecuencia muy alejada del papel del auténtico y combativo prototipo imaginado idealmente. Su firma en las diligencias y notificaciones procesales, y más aún si el acusado está ausente, sólo significa a veces una formalidad, que resulta ociosa. Esta invalidez existe, aunque la corporación que representa oficialmente y que fiscaliza la clase de los abogados se haya esforzado en dirigir advertencias para evitarla.

No obstante, si el acusado tiene realmente un abogado defensor, no existe ninguna restricción, que merezca señalarse y examinarse, en cuanto al ejercicio de su profesión, por lo que respecta a la detención procesal. Su relación con el cliente está admitida sin trabas. Y sus esfuerzos por demostrar lo injustificado de la detención obtienen siempre, sino un éxito pleno, por lo menos la atenta

consideración de los tribunales, celosos indiscutiblemente en éste país de las prerrogativas del ciudadano en una democracia.

Este elogio sería más completo si se pudiese dar noticia – lo que por desgracia no es posible – de una rigurosa vigilancia profiláctica de los excesos de la policía, que fuese confirmada enérgicamente por una oportuna acción represiva contra los conculcadores de la garantía constitucional.

BASILEU GARCIA *

* Catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, Brasil.

LA DETENCION PREVENTIVA EN EL CANADA

En el Canadá se considera que la libertad del individuo ha de protegerse con cuidado y defenderse con ardor. Así se enuncia en la Ley fundamental 8—9 de Isabel II, capítulo 44, cuya parte I se conocerá como la Declaración Canadiense de Derechos.¹ Se reproduce como anexo al presente artículo el texto de dicha Ley. Como se observará, en el Artículo 1° se declara, para empezar, que en el Canadá se reconoce que han existido y seguirán existiendo ciertos derechos humanos y libertades fundamentales, sin distinción por motivos de raza, origen nacional, color, religión o sexo.

No cabe duda de que, por su nexa con la Gran Bretaña, el Canadá ha recibido como legado las libertades cuyo alcance fue ampliado poco a poco por la Magna Carta, la Petición de Derechos y la Declaración de Derechos de 1688. Desde este punto de vista, la Declaración Canadiense tiene carácter explicativo. Según el párrafo 1 del Artículo 5, no puede interpretarse que ninguna de las disposiciones de la parte I suprima ningún derecho humano o libertad fundamental que no esté enumerado en ella y que haya existido antes de la promulgación de la Declaración Canadiense de Derechos. Ahora bien, puede discutirse si la Declaración ha modificado la ley antes vigente o si ha ampliado el ámbito de los derechos preexistentes. La interpretación judicial de la Declaración resolverá esta cuestión.

Guarda especial relación con el tema de este trabajo la disposición en virtud de la cual no debe interpretarse o aplicarse ninguna ley del Canadá de suerte que se autorice o se lleve a efecto la detención, el encarcelamiento o el destierro arbitrarios de cualquier persona.²

Con objeto de concretar todavía más la materia, quizá convenga hacer notar que el Artículo 6 de la Ley fundamental antes mencionada se aplica a la Ley sobre medidas de guerra. En época de paz no están en vigor ni esta Ley, ni el Reglamento para la defensa del Canadá, que deriva de la anterior, ni la Ley para penar los actos de traición, que contiene las disposiciones aplicables en materia de detención e internamiento.

Sin embargo, no por ello se deja de reconocer el principio de que la seguridad del Estado es la ley suprema. La Ley sobre los secretos oficiales, que pena la revelación de tales secretos al agente

¹ Leyes fundamentales del Canadá, 1960, cap. 44.

² Artículo 2, párr. a).

de una potencia extranjera, está vigente en época de paz. El artículo 10 dispone lo siguiente :

“10. Toda persona a la que se sorprenda en la comisión de un delito definido por la presente Ley o de la que haya motivo para sospechar que ha cometido, tratado de cometer o estado a punto de cometer un delito de este género podrá ser detenida sin mandamiento por cualquier agente o funcionario de policía.”

No obstante, los delitos definidos en la Ley son objeto de las mismas medidas que los demás actos punibles.

Los párrafos 1 y 2 del artículo 52 del Código Penal canadiense están redactados en los siguientes términos :

52. 1) Todo el que realice un acto prohibido con fines perjudiciales para:

- a) la seguridad, el orden o la defensa del Canadá, o
- b) la seguridad o el orden de las fuerzas navales, terrestres o aéreas de cualquier Estado que no sea el Canadá y que estén legalmente en el Canadá,

comete un delito por el que incurre en la pena de prisión por diez años.

2) A los efectos del presente artículo, se entiende por ‘acto prohibido’ toda acción u omisión que:

- a) reduzca la eficiencia o impida el funcionamiento de cualquier buque, vehículo, aeronave, máquina, aparato u otro artefacto, o que
- b) tenga por consecuencia la pérdida, el deterioro o la destrucción de bienes, sea cual fuere su propietario.”

En relación con la seguridad, el orden o la defensa del Canadá, conviene citar lo siguiente acerca de la clase de datos considerados como información económica :

“Con respecto a la evaluación de este material, sólo diremos que, en apariencia, la finalidad de esta información era facilitar la elaboración de cálculos detallados sobre el potencial económico y militar del Canadá en la posguerra. En parte, la información podía ser también útil para eventuales operaciones de sabotaje . . .

“Por otra parte, en algunos casos se procuró obtener, algunas veces con éxito, documentos que acreditaban la posesión de la ciudadanía canadiense . . . Los agentes así infiltrados podrían haber sido utilizados en el futuro, no sólo para actividades de espionaje, sino también para actos de sabotaje, la dirección de grupos políticos subversivos y para otros fines.”³

Asimismo, en la causa *Rose v. The King*⁴ se hizo referencia a “la norma estricta, rígida y necesaria de que el Estado – primero, por encima de todo y al margen de sus obligaciones con el exterior –

³ Informe de la Real Comisión sobre el Espionaje, 1946, pág. 618.

⁴ 1946, 88 C.C.C. 114, pág. 144.

tiene respecto a sus ciudadanos la obligación de atender a su seguridad y de reprimir los delitos que sus propios súbditos cometan contra el soberano y contra la seguridad del país.”

Especialmente en relación con el Código Penal, debe subrayarse primero que en él se dispone que nadie será considerado culpable de un delito sin previa sentencia condenatoria, y que el reo sólo podrá ser objeto de la pena prescrita por el Código Penal o por la ley que defina el delito.⁵

En el artículo 435 del Código Penal se dispone que un funcionario de policía puede detener sin mandamiento a la persona que, en vista de consideraciones razonables y fundadas, haya cometido o esté a punto de cometer, en su opinión, un acto punible. Análogamente, en el artículo 80 se considera acto punible el hecho de que una persona, sin excusa legal, cuya existencia le incumbe probar, elabore o posea una sustancia explosiva que no haya elaborado o no posea para un fin legítimo. Quizá se alegue que estas disposiciones autorizan la detención sobre la base de meras sospechas, pero debe recordarse que se exige el requisito fundamental de que concurran consideraciones razonables y fundadas.

Ahora bien, según el artículo 438, cuando alguien está bajo la custodia de un funcionario de orden público, incumbe a éste la obligación de entregarle a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención, si tal autoridad es competente para conocer del caso o, en otro caso, lo antes posible. En una causa célebre,⁶ el Tribunal Supremo exigió el pago de daños en una acción planteada contra algunos policías, no porque la detención estuviera injustificada, sino porque los policías habían detenido al sospechoso durante un tiempo excesivo antes de transferirlo a la autoridad judicial.

La persona detenida que desee poner en cuestión la legalidad de su detención puede hacerlo solicitando la expedición de un mandamiento de *habeas corpus*.

LA DETENCIÓN PREVENTIVA SEGUN EL CODIGO PENAL

La expresión “detención preventiva” se utiliza en la parte XXI del Código Penal en relación con los delincuentes habituales y los delincuentes sicópatas sexuales.

Si una persona ha sido reconocida culpable de un delito, el tribunal, previa petición del ministerio público, puede declararle delincuente habitual en el caso de que, con anterioridad al hecho y después de haber cumplido dieciocho años, haya sido condenado,

⁵ Artículo 5, párr. 1), del Código Penal canadiense.

⁶ *Frey v. Fedoruk* (1950) S.C.R. 517.

⁷ Artículo 681 del Código Penal canadiense.

en por lo menos tres ocasiones separadas e independientes, por un acto punible por el que se incurra en la pena de prisión por cinco años o más y siga una conducta de constante delincuencia, o haya sido condenado antes a la detención preventiva.⁸

Si un acusado ha sido reconocido culpable de ciertos delitos sexuales,⁹ el tribunal, previa petición del ministerio público, puede declararle delincuente sicópata sexual si el dictamen siquiátrico y las pruebas de otros géneros justifican la adopción de tal medida.

En cualquiera de estos casos, el tribunal puede imponer una sentencia de detención preventiva, además de la que imponga por el delito a que responde la comparecencia. Nótese que la detención preventiva no puede imponerse independientemente de otra medida. En teoría la sentencia de detención preventiva puede equivaler a prisión perpetua, pero en la práctica ha de ser objeto de revisión por la Junta Nacional para la Libertad bajo Palabra por lo menos una vez cada tres años.

La manera en que se interpreta esta parte de la Ley queda puesta de manifiesto por una sentencia del Tribunal Supremo del Canadá,¹⁰ por la que se estableció que las disposiciones relativas a los delincuentes habituales no definían un nuevo delito, sino que determinaban meramente las circunstancias o condiciones en las que una persona, previa sentencia, podía ser objeto de tales disposiciones.

LA POSICION DE LA POLICIA EN GENERAL

Confío en haber dicho lo suficiente para probar que el Canadá no es un Estado policía. En realidad, la actuación arbitraria o el celo excesivo de la policía suscitan pronto resentimiento. Por ejemplo, en una acción civil para reclamar daños por detención ilegal,¹¹ la Audiencia de Ontario consideró que el hecho de que el demandante y un compañero suyo hubieran sido hallados en una hora avanzada de la noche calzados con zapatos de suela de cuero y vestidos con prendas impermeables y el hecho suplementario de que el demandante se negara a manifestar su identidad no podían ser consideraciones razonables y fundadas para detenerle con arreglo al artículo 435 del Código Penal, al que ya se ha hecho referencia. En otra causa,¹² se casó una sentencia condenatoria impuesta por haber impedido a un funcionario de seguridad pública el ejercicio de su deber porque, habida cuenta de las circunstancias, el acusado no tenía la obligación de manifestar su identidad.

⁸ Artículo 660.

⁹ Estos delitos se relacionan en el artículo 661.

¹⁰ *Brusch v. R.* (1952) 105 C.C.C. 340.

¹¹ *Koehlin v. Waugh and Hamilton* (1957) O.W.N. 245.

¹² *R. v. Carrol* (1960) O.W.N. 9.

Ahora bien, hablando en términos generales, nada será mejor que citar un extracto de una publicación editada por la Real Policía Montada del Canadá.¹³

“En la democracia canadiense, los agentes de la policía son, en principio y de hecho, los representantes del pueblo que cumplen su voluntad, expresada por conducto del Gobierno. No son el instrumento armado de ningún grupo, sino personas especialmente calificadas y formadas a las que el pueblo ha delegado parte de su autoridad para la prevención del delito, la aplicación de las leyes y el mantenimiento de la paz, el orden y la seguridad en el país. En el Canadá, el término ‘policía’ designa al instrumento cívico de gobierno que aplica las leyes y reglamentos que el pueblo considera necesarios para mantener las normas generalmente aceptadas de conducta...”

No se acepta que la policía canadiense sea distinta del público en general. Posee pocas atribuciones de que no goce el ciudadano ordinario, y la opinión pública vigila con la mayor atención toda propuesta que tienda a acrecentar su autoridad, incluso si el objetivo es aumentar su eficiencia. Según las disposiciones generales de derecho, los policías perciben una remuneración para desempeñar funciones que, si tal fuera su intención, podrían ejecutar voluntariamente, en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos. En breves palabras, el policía es un ciudadano cuya misión es cuidar del bienestar de sus conciudadanos.”

J. C. MARTIN *

* Q.C., Departamento de Justicia del Canadá.

8—9 ISABEL II

Cap. 44

Ley para el Reconocimiento y Protección de los
Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

[Sancionada el 10 de agosto de 1960.]

Preámbulo

El Parlamento del Canadá afirma que la nación canadiense se basa en los principios que reconocen la supremacía de Dios, la dignidad y el valor de la persona humana y la posición de la familia en una sociedad formada por hombres e instituciones libres;

Afirma además que los hombres y las instituciones sólo pueden seguir siendo libres cuando la libertad se basa en el respeto por los valores morales y espirituales y en el imperio de la ley;

¹³ *Law and Order in Canadian Democracy*, págs. 263 y 264.

Y desea consignar estos principios y los derechos humanos y libertades fundamentales que de ellos derivan en una Declaración de Derechos que reflejará el respeto del Parlamento por su autoridad constitucional y garantizará la protección de estos derechos y libertades en el Canadá:

EN SU VIRTUD Su Majestad, de conformidad con el consejo y previo el asentimiento del Senado y la Cámara de los Comunes del Canadá, promulga la siguiente:

Parte I

DECLARACIÓN DE DERECHOS

Reconocimiento y declaración de derechos y libertades

1. Por la presente se reconoce y declara que en el Canadá han existido y seguirán existiendo sin distinción por motivos de raza, origen nacional, color, religión o sexo los derechos humanos y las libertades fundamentales siguientes:

- a) el derecho del individuo a la vida, la libertad, la seguridad de la persona y el disfrute de sus bienes, y el derecho a no ser privado de ellos sino mediante el debido procedimiento legal;
- b) el derecho del individuo a la igualdad ante la ley a la protección de la ley;
- c) la libertad de conciencia;
- d) la libertad de palabra;
- e) la libertad de asamblea y de asociación, y
- f) la libertad de prensa.

Interpretación de la ley

2. Toda ley del Canadá, a menos que una ley del Parlamento del Canadá declare expresamente que se aplique no obstante lo dispuesto en la *Declaración canadiense de Derechos*, se interpretará y aplicará de modo que no derogue, reduzca ni deje sin efecto ni autorice la derogación, reducción ni abolición de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos y declarados en ésta y, en particular, ninguna ley del Canadá se interpretará o aplicará de modo que:

- a) autorice o lleve a efecto la detención, el encarcelamiento o el destierro arbitrarios de cualquier persona;
- b) imponga o autorice la imposición de un tratamiento o pena crueles y desusados;
- c) prive a una persona que ha sido detenida o presa
 - i) del derecho a ser informada prontamente del motivo de su detención o prisión,
 - ii) del derecho a asesorarse de abogado y a darle instrucciones sin demora,
 - iii) del derecho a recurrir mediante el procedimiento de *habeas corpus* para determinar la validez de su detención y para ser liberada si su detención no es legal;
- d) autorice a un tribunal de justicia o administrativo, comisión, junta u otra autoridad a obligar a una persona a que preste testimonio si se le niega la defensa por abogado, la protección contra la autoacusación u otras garantías constitucionales;
- e) prive a una persona del derecho a un juicio equitativo de conformidad con los principios de la justicia fundamental con vistas a la determinación de sus derechos y obligaciones;

- f) prive a la persona acusada de delito del derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en un juicio equitativo y público ante un tribunal independiente e imparcial, o le prive sin causa justa del derecho a la libertad provisional con una fianza razonable, o
- g) prive a una persona del derecho a la asistencia de un intérprete en todos los procedimientos en que intervenga o en que sea parte o testigo y que se desarrollen ante un tribunal de justicia, comisión, junta o tribunal administrativo, si no comprende o habla el idioma que se utiliza para el procedimiento.

Obligaciones del ministro de Justicia

3. De conformidad con los reglamentos que dicte el Consejo del Gobernador, el ministro de Justicia examinará toda propuesta que se presente en forma de proyecto al secretario del Consejo Privado con arreglo a la *Ley sobre reglamentos* y todo proyecto de ley que se presente en la Cámara de los Comunes o a dicha Cámara, con objeto de determinar si alguna de sus disposiciones es incompatible con los fines y disposiciones de esta Parte, y dará cuenta de tal incompatibilidad a la Cámara de los Comunes en la primera oportunidad que se ofrezca.

Título resumido

4. Las disposiciones de la presente Parte llevarán el nombre de *Declaración Canadiense de Derechos*.

Parte II

Reservas

5. 1) Ninguna disposición de Parte I se interpretará de modo que derogue o reduzca un derecho humano o libertad fundamental que no esté enumerado en ella y que haya existido en el Canadá al entrar en vigor esta Ley.

Definición de la expresión "ley del Canadá"

2) La expresión "ley del Canadá" que figura en la Parte I se refiere a cualquier ley del Parlamento del Canadá promulgada antes o después de la entrada en vigor de la presente Ley, a cualquier orden, norma o reglamento dictados para su cumplimiento y a cualquier ley que esté vigente en el Canadá o en cualquier parte del Canadá en el momento de entrar en vigencia la presente Ley y que deba ser derogada, abolida o modificada por el Parlamento del Canadá.

Jurisdicción del Parlamento

3) Las disposiciones de la Parte I se interpretarán de modo que abarquen sólo las materias comprendidas dentro de la autoridad legislativa del Parlamento del Canadá.

Ley sobre medidas de guerra, R.S., cap. 288

6. El artículo 6 de la *Ley sobre medidas de guerra* queda derogado y reemplazado por la siguiente disposición:

Entrada en vigor mediante proclamación

"6. 1) Los artículos 3, 4 y 5 sólo entrarán en vigor previa la publicación de una proclamación del Consejo del Gobernador por la que se declare

que existe de manera real o presunta el estado de guerra, una invasión o una insurrección.

Transmisión de la proclamación al Parlamento

2) La proclamación por la que se declare que existe, de manera real o presunta, el estado de guerra, una invasión, o una insurrección se transmitirá al Parlamento inmediatamente después de su publicación o, si el Parlamento no está reunido, dentro de los primeros quince días a contar desde la fecha de apertura de la nueva reunión del Parlamento.

Posibilidad de debate

3) En cuanto se haya presentado una proclamación al Parlamento de conformidad con el párrafo 2), será admisible ante las Cámaras la moción firmada por diez miembros de una de ellas que se formule de conformidad con el Reglamento de la Cámara dentro de los diez días contados a partir de la fecha de la presentación de la proclamación al Parlamento y que tenga por fin conseguir la revocación de la proclamación; la moción se debatirá en una cualquiera de las Cámaras en la primera ocasión conveniente dentro de los cuatro días hábiles contados desde la fecha en que se presentó la moción a la Cámara.

Revocación de la proclamación por resolución

4) Si ambas Cámaras del Parlamento resuelven que la proclamación debe revocarse, ésta dejará de tener vigencia y los artículos 3, 4 y 5 cesarán de estar en vigor hasta que entren otra vez en vigor por virtud de otra proclamación, pero sin perjuicio para la aplicación precedente de dichos artículos ni de todo lo hecho debidamente o sufrido en consecuencia ni de cualquier delito cometido o cualquier sanción, multa o pena incurridas.

Declaración Canadiense de Derechos

5) Ninguna de las acciones u omisiones realizadas o autorizadas, ni ninguna de las órdenes o reglamentos dictados al amparo de esta Ley podrá ser considerado como derogación, reducción o abolición de cualquier derecho o libertad reconocidos por la *Declaración Canadiense de Derechos*."

ESBOZO SOBRE LA DETENCION PREVENTIVA EN COLOMBIA

I

La Comisión Internacional de Juristas, con sede en la ciudad de Ginebra, en el loable interés que siempre ha tenido por las cuestiones del derecho universal y la forma como en los distintos países se da aplicación a los principios jurídicos, me ha solicitado, en concordancia con las conclusiones de la Tercera Comisión del Congreso de Nueva Delhi, que haga un bosquejo en lo relativo a la detención preventiva en Colombia.

Contestando en su orden el cuestionario sometido, lo hago en los siguientes términos:

1° - El Título 3° de nuestra Constitución, sobre derechos civiles y garantías sociales, reglamenta lo concerniente a la detención legal de las personas, con especialidad en sus artículos 23 a 28 y en ellos se destaca principalmente el 26 que dice: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. - En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable."

El artículo 28 establece una especie de excepción cuando expresa: "Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex post facto*, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente. Esta disposición no impide que aún en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas, por orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública."

Como fácilmente se aprecia del tenor literal de este precepto, aun para tiempo de guerra, la ley suprema tutela la libertad y seguridad de las personas, pero previene en épocas de paz la perturbación del orden público y los graves motivos que lo amenacen permitiendo en ese caso que quienes atenten contra ella, puedan ser aprehendidos y retenidos, por graves indicios que califica el Gobierno, previo dictamen del Ministerio Ejecutivo.

2° - En materia de infracciones generales a las leyes, esto es, tratándose de delitos comunes, el Código de Procedimiento Penal reglamenta los casos en los cuales, y según la pena que merezcan los delitos, puede ordenarse la detención preventiva. Como las penas se clasifican en varias categorías, no para todas rige la detención precautelativa, como en la simple sanción del arresto, exigiéndose que sólo las infracciones que aparejan presidio o prisión conlleven la detención preventiva.

3° - Corresponde decretarla a los funcionarios o jueces de instrucción criminal, quienes de preferencia adelantan los sumarios, pues sólo en casos de excepción pueden los funcionarios de policía o administrativos decretar esa medida previa de la detención, como sería para citar un ejemplo, en el evento del art. 28 de la Constitución Nacional, antes transcrito y con los requisitos allí establecidos.

La jerarquía en el ramo penal, va desde los Inspectores de Policía, Jueces Permanentes, o de Instrucción Criminal, Jueces Municipales, de Circuito y Superiores. El territorio nacional ha sido dividido en zonas, llamadas Distritos Judiciales y en cada uno existe un Tribunal Superior, que conoce en general de las apelaciones en última instancia, salvo los casos que tienen una mayor entidad y gravedad, que le corresponden a la Corte Suprema de Justicia, por recurso de casación. Determinados ilícitos de altos funcionarios también están a ella adscritos, en todas sus etapas.

4° - Decretada la detención por quien legalmente puede hacerlo, no sólo hay la conveniencia de informar al preso sobre los motivos de ella, sino que es una obligación legal hacérselos saber y los móviles que la justifican deben especificarse en la providencia que ordena tal medida.

5° - Esta providencia puede ser apelada ante el inmediato superior jerárquico, no sólo por el sindicado, sino por su apoderado y aun por el representante del Ministerio Público, cuando interviene en el sumario, como serían los Fiscales y los Personeros Municipales. Ese rama del Poder Público tiene su suprema representación en la Procuraduría General de la Nación, que es la más elevada entidad encargada de vigilar la normal y correcta administración de justicia. Ella interviene aun por el simple pedido de un ciudadano que se considere lesionado en sus legítimos derechos y primordialmente en su libertad.

6° - La institución de los apoderados, adscrita sólo a los abogados graduados y matriculados, interviene forzosamente en todos los casos penales desde cuando se inician, pues la ley manda que para la indagatoria el acusado deba ser asistido por su apoderado judicial que escoja y si él no lo elige, el funcionario debe nombrarle uno de oficio, cargo a que no puede renunciarse sino por motivos legales preestablecidos.

II

Hecho el anterior análisis, conviene también aludir a un aspecto histórico de nuestra Constitución, que sancionada desde 1886 va haciéndose ya secular en su vigencia, contra lo que antes de expedirse ocurrió entre nosotros, cuando fueron ensayadas distintas Cartas Fundamentales, con precaria existencia la mayoría de ellas.

Consagra la actual Constitución colombiana una norma contenida en el art. 121 que, dictada expresamente para eventos de guerra exterior, o de conmoción interior, vino luego en la práctica a convertirse en algo muy ajeno a sus términos precisos, con interpretaciones antojadizas y extensivas, dando lugar a la hermenéutica más profusa de cuantas ha producido la aplicación de nuestras leyes, a la vez que más contradictoria y controvertida.

Precisa transcribir ese texto para mejor comprensión del asunto. Reza así: "Artículo 121. En caso de guerra exterior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de personas, rigen para la guerra entre naciones. — Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros. El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio. El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado. Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra o la conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo. Restablecido el orden público, el Gobierno convocará el Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias. En el caso de guerra exterior el Gobierno convocará el Congreso en el decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio."

No obstante que el artículo consagra nítidamente que el gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos a que lo faculta la disposición y que sus atribuciones se limitan a la mera suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio, en las ocasiones en que hubo de aplicarse el 121, se extralimi-

taron las facultades concisas por él otorgadas, siendo los gobiernos ejercidos en dichas eventualidades usurpadores de funciones no previstas en el texto, con menoscabo de la esencial separación de los poderes que estatuye nuestro derecho público, en tres ramas independientes, a la vez que se violaron los derechos ciudadanos y se infringió la índole jurídica de las instituciones colombianas.

Por fortuna tales ocurrencias de aplicación de ese precepto han sido pocas, como que el país disfrutó de largo periodo de tranquilidad y de paz, a raíz de una de las más sangrientas revueltas intestinas, terminada en 1903. Fue precisamente en ese año cuando un régimen de fuerza quizás por la anómala situación que dejó la guerra civil de tres años presidido por un General, que aun elegido popularmente, implantó un gobierno irregular, llamado del *Quinquenio* por su duración de cinco años. En ese lapso se conculcaron muchos derechos, fue clausurado el Congreso, el órgano ejecutivo se convirtió en legislador, en virtud de los decretos extraordinarios previstos en el art. 121.

No es la oportunidad de trazar la historia de ese intervalo de opacamiento jurídico, sino concretar el tema de este estudio, para decir que en esa época se permitieron las formalidades del procedimiento penal y vino, entre muchos, el Decreto Legislativo N^o 26 de 1905 "por el que se establecieron jurisdicciones excepcionales y funcionarios especiales para el juzgamiento de delitos de diversos especies, no sólo los de naturaleza política, sino también - lo que es más irregular - aquellos que están incluidos en la categoría de los comunes.

Por ello al restablecerse el orden constitucional, en el año de 1909, una comisión de notables juriconsultos, encabezados por quien fue Maestro de varias generaciones de abogados, y Rector de nuestra Facultad de Derecho, dijo al Congreso de aquel año, como reacción al irregular estado de cosas, lo que sigue: "Es cosa elemental que la ciencia de los enjuiciamientos rechaza como absolutamente contraria a la justicia la institución de las jurisdicciones excepcionales, la cual es incompatible con todo régimen político que se proponga el reinado del derecho y sólo es conciliable con aquellos sistemas en que predomina el imperio de la fuerza material. No puede ser, dentro del régimen de normalidad legal, que los ciudadanos sean juzgados por otras jurisdicciones que aquellas que fueron establecidas en armonía con el derecho común, en que se llena la plenitud de las formas y en que el derecho de excepción se ejercita ampliamente. En todos los pueblos han existido jurisdicciones excepcionales y extraordinarias, pero siempre en épocas y en circunstancias en que por razones más o menos atendibles se ha suspendido el respeto a la libertad individual y de las garantías sociales."

Como se infiere de lo anterior, durante esa etapa no se obró

con sujeción al derecho y las detenciones, más que preventivas se tornaron en muchos circunstancias en largos periodos de cárcel, por móviles políticos, pues en el fondo lo que se trataba de resguardar era la supervivencia de una situación ilegal o dictatorial, más que el correctivo de ilícitos penales, o la preservación del orden público amenazado. Como soporte jurídico se invocaba, torcidamente, el claro espíritu del art. 121.

Pero como ello podría juzgarse historia antigua, tenemos que superada aquella época, al transcurso de muchos años, o sean cuarenta corridos hasta 1948, un crimen político, acaecido el 9 de abril y que cegó la vida del caudillo Dr. Jorge Eliecer Gaitán, eminente penalista, y como si esto fuera sarcásticamente causal para que se invirtiera o trastornara el orden legal, provocó un año después, por las repercusiones y alteraciones sociales que ocasionó, un nuevo estado de sitio en todo el territorio nacional, declarado en noviembre de 1949, que cesó el 10 de mayo de 1957 parcialmente, ya que todavía restan varios Departamentos de la República bajo turbación del orden. En intervalo que parecía ya interminable, como que duró nueve años, particularmente en el lapso de 1953 a 57 cuando tomado el mando por otro general instauró un gobierno *de facto*, para darle al art. 121 toda clase de alcances, conculcándose toda suerte de derechos, pues abarcó con los decretos extraordinarios expedidos las más variadas materias y no se limitó a suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio, única atribución legal que le confería el art. citado.

Es claro que una de las especialidades de aquella dictadura, fue interferir en el campo penal, para desconocer los formalismos procesales, con su caudal de abusivas detenciones y hasta se llegó a la mal llamada reorganización de la Corte Suprema de Justicia, arrasando su legítima constitución prevista en los Códigos, para dividirla, aumentarla y darle facultades ilógicas e injurídicas, que cohonestaran las veleidades y caprichos del despotismo.

Conviene al propósito de este estudio, reproducir de su autor una providencia dictada por él, como Juez Militar de la Brigada de Institutos Militares de Bogotá, con fecha 14 de junio de 1951, es decir en pleno estado de sitio y que da nuestra de la forma como autoridades subalternas acomodaban entonces, so pretexto de peligros para la seguridad nacional, las detenciones preventivas, desde todo punto irresponsables. Tal proveído se comenta por sí solo y dice así: "Es ya demasiado frecuente el hecho de que elementos de la Seguridad, por razones de más o de menos, que no pueden estudiarse a fondo, por carencia absoluta de tiempo, detiene numerosos grupos de sujetos, por el informe de una unidad de ese Cuerpo con pretexto de la imputación de que se trata de *comunistas*. El partido a que se dicen afiliados esos individuos no está prohibido en sus actividades políticas por la Constitución, ni leyes del país.

Mientras no se demuestre en la forma legal que se ha perpetrado delito de uno de los géneros, órdenes o categorías de aquellos que permiten la prisión preventiva, no puede, ni debe ir encarcelándose al que lícitamente se halle afiliado a un credo no prohibido en su ejercicio. Sería tanto como privar de la libertad al simple integrante de otro partido como el conservador o el liberal, por el mero hecho de profesar las ideas de una de esas afiliaciones. Basta lo anterior y la lectura del parte pasado como base de este informativo, para deducir claramente, como ya ha ocurrido en distintas oportunidades y circunstancias análogas, que no debe sostenerse indefinidamente una situación creada, sobre tales soportes y cuya secuela es la detención más o menos prolongada de sindicados a quienes no es achacable, hasta la fecha, ilícito que permita su continuada detención. A medida que las circunstancias de tiempo vayan permitiendo las indagatorias de los catorce presos de autos, se irá aclarando su individual estado o situación jurídica y, en tanto, debe ponérseles en libertad, mediante una caución para cada uno de veinte pesos y la obligación de presentarse una vez semanal a este despacho, para los efectos legales consiguientes."

Como acontece en muchos regímenes dictatoriales, basta invocar el comunismo para dar apariencias de preservación del orden a episodios de mera oposición al despotismo reinante y en el caso de la providencia anterior se descubrió luego, cuando se produjeron las indagatorias de los presuntos reos, que no había comunista alguno y hasta resultó que uno de ellos tenía beca de estudios, otorgada por el propio Ministro de Educación de entonces, para perfeccionarse en España en bellas artes. Y así de los demás.

Colombia se ha preciado de su apego a la jurisprudencia y de ello ha gozado fama especialmente entre las naciones americanas. Fuera de los dos gobiernos despóticos antes enunciados, no ha tenido en el presente siglo otras interrupciones de su vida institucional, con arreglo a la legitimidad, mediante elecciones populares de sus gobernantes y de sus cuerpos legislativos; apenas breves episodios, muy limitados en sus consecuencias y duración, han ocurrido en estos últimos sesenta años, fuera de esos dos, que interrumpieran el estado de derecho imperante. Alcanzan a una o dos ocasiones las veces que, al margen de aquellos anómalos excepcionales, los sucesivos gobiernos hayan decretado turbado el orden legal, circunscrito en su corto tiempo y las escasas medidas de seguridad, dándole cabida al tan mencionado artículo 121 de la Carta.

Ahora se debate en el Congreso Nacional una enmienda de ese precepto, para recortar más aun las facultades extraordinarias del Gobierno, en casos de temerse por la paz social, haciendo intervenir de inmediato en todas las medidas adoptables al propio Congreso, que sirva de cortapisa a la omnímoda acción del Ejecutivo Central. Desafortunadamente interferencias políticas podrían frustrar

las justas enmiendas saludablemente a ese fin enderezadas.

Finalmente, en la actualidad sería muy difícil enumerar estadísticas de detenciones por razones que no sean originadas en delitos comunes, o sea políticas, ya que no empece a prolongarse parcialmente el estado de sitio, por no estar restaurado el tranquilo discurrir de la nación, ésta ha tornado a su tradicional estado de derecho, regida por un estadista que, antes de su actual cometido, fue largo lapso secretario de la Organización de los Estados Americanos y es un defensor insomne de la justicia, que trata con ahinco de corregir las deficiencias. Ello ha dado margen desde ahora para que no se presenten casos de arbitrarias detenciones que, si ocurren, pueden ser esporádicas y siempre cuentan con el amparo de las autoridades para subsanarse, en su vigilante acción y su bien intencionada voluntad por una administración de justicia apetecible.

GERARDO MELGUIZO *

* Secretario perpetuo, Academia Colombiana de Jurisprudencia.

LA LEY SOBRE DETENCION PREVENTIVA DE GHANA

INTRODUCCIÓN

En este artículo nos proponemos examinar la Ley sobre detención preventiva de Ghana aprobada en 1958, a la luz de lo ocurrido recientemente en dicho país y de las decisiones judiciales allí tomadas, y comparar la Ley con otras análogas, aprobadas en diversas ocasiones en algunos países pertenecientes al sistema jurídico británico. Se reproduce el texto de la Ley en el Apéndice I.

Como es sabido, Ghana se proclamó independiente, como Estado Miembro del Commonwealth, el 6 de marzo de 1957. El partido que ocupó el poder, el Partido de la Convención del Pueblo, tenía una gran mayoría parlamentaria y un apoyo abrumador en el país. Éste es bastante homogéneo; la mayoría de la población de las regiones meridional y central está formada por akanes¹. La Constitución creó, pues, un Estado unitario. La transición de colonia a Estado independiente se hizo sin tropiezos y con un mínimo de actos de violencia. En marzo de 1957, hubo, sin embargo, algunos disturbios en Togo, la parte de Ghana que había sido antes un territorio fideicometido bajo la administración del Reino Unido y donde parte de la población era reacia a asociarse con el nuevo Estado de Ghana².

El 30 de diciembre de 1957 el Gobierno invocó por primera vez la Ley sobre las atribuciones de urgencia de 1957, para reprimir una agitación que se había producido en Kumasi. En esta ciudad se había tendido la situación al quedar vacante el puesto de jefe local de la comunidad musulmana³. Unos meses más tarde, el 29 de abril, se proclamó el estado de excepción en Accra, después de las manifestaciones ocurridas al cancelarse las elecciones municipales⁴. Se declaró de nuevo el estado de excepción el 8 de setiembre de 1961, con motivo de la huelga de trabajadores del Estado ocurrida en Takoradi y Secondi⁵.

¹ W. E. F. Ward, *History of Ghana* (Londres, George Allen & Unwin Ltd., 2ª ed., 1958), pág. 37.

² *Keesing's Contemporary Archives*, 26 de abril a 3 de mayo de 1958, pág. 16155.

³ *The Guardian* (Manchester), 31 de diciembre de 1957 y 8 de enero de 1958.

⁴ *The Guardian* (Manchester), 1º de mayo de 1958.

⁵ Libro Blanco del Gobierno de Ghana: "Statement by the Government on the Recent Conspiracy," publicado el 11 de diciembre de 1961.

Las relaciones entre el Partido de la Convención del Pueblo y la oposición, o sea, el Partido Unido, empeoraron durante los doce a dieciocho meses siguientes a la proclamación de la independencia. Se expulsó a varios miembros destacados del Partido Unido y se detuvo a dos diputados de la oposición, los Sres. Antor y Ayeke, que fueron declarados culpables en el juicio celebrado en Accra, en el que se les acusó de preparar agresiones a mano armada⁶. La sentencia fue casada luego en una instancia superior. Así las cosas, el 14 de julio de 1958 se presentó al Parlamento el proyecto de ley sobre detención preventiva⁷, que fue sancionado por el gobernador general el 18 de julio de 1958.

Desde que esta Ley entró en vigor, el Gobierno ha utilizado extensamente las atribuciones que le confiere el artículo 2. En especial, el poder ejecutivo ha obrado con severidad al expedir mandamientos de detención contra los miembros de la oposición. Por ejemplo, el 10 de noviembre de 1958 se detuvo a 43 personas, muchas de ellas miembros del Partido Unido, que fueron internadas con arreglo a dicha Ley⁸. El 23 de diciembre de 1960 el Gobierno expidió mandamientos de detención preventiva contra 118 personas después de la comisión de actos de "violencia, terrorismo y bandidaje" en la región de Ashanti y en otras regiones del país⁹. Se dijo que muchas de estas personas eran miembros del partido de oposición. En fecha muy reciente se hizo público que el 3 de octubre de 1951, la Presidencia de la República había ordenado la detención de unas 50 personas¹⁰. Figuraban entre los detenidos J. Appiah, que había sido nombrado jefe adjunto del partido de oposición en agosto de 1958, el Dr. J. B. Danquah¹¹, abogado eminente y dirigente del partido de oposición, y P. K. K. Quaidoo, ex ministro que se había convertido recientemente en crítico vigoroso del Gobierno. A principios de octubre, estaban detenidas con arreglo a esta Ley entre 200 y 250 personas¹². En una población total de 6.690.730 habitantes¹³, esta cifra representa un promedio de 0,0034

⁶ *Keesing's Contemporary Archives*, 26 de abril a 3 de mayo de 1958, pág. 16155.

⁷ *Ibid.*, 6 a 13 de setiembre de 1958, pág. 16382.

⁸ *Keesing's Contemporary Archives*, 7 a 14 de marzo de 1959, pág. 16687.

⁹ *The Times (Londres)*, 24 de diciembre de 1960.

¹⁰ *The Times (Londres)*, 4 de octubre de 1961. El Alto Comisario de Ghana en el Reino Unido manifestó en una carta al *Times*, publicada el 14 de octubre de 1961, que su Gobierno daría a conocer en un Libro Blanco todos los hechos relativos a las recientes detenciones e internamientos. El Libro Blanco vio la luz el 11 de diciembre de 1961.

¹¹ El Dr. Danquah es también presidente de *Freedom and Justice*, sección ghanesa de la Comisión Internacional de Juristas.

¹² Véase el *Daily Telegraph (Londres)* del 4 de octubre de 1961, junto con *The Times (Londres)* de la misma fecha. Ha habido otros cambios desde que se redactó el presente artículo. No se han publicado cifras oficiales.

¹³ Ronald Segal, *Political Africa (Londres, Stevens and Sons, 1961)*, pág. 335.

por ciento de la población. En la India sólo había en 1960 94 personas internadas con arreglo a la Ley sobre detención preventiva de 1958, lo que representa, en una población total de unos 400.000.000 de habitantes¹⁴, un mero 0,000024 por ciento de la población. En el Reino Unido había en 1944, en plena segunda guerra mundial, unas 230 personas internadas en virtud del Reglamento 18 B¹⁵ en una población de unos 48.000.000 de habitantes¹⁶, lo que representa el 0,00048 por ciento de la población.

Los tribunales y la detención preventiva

La legalidad de los mandamientos de detención expedidos por el gobernador general y, a partir del 1º de julio de 1960, cuando Ghana se convirtió en República, la de los mandamientos de detención expedidos por el presidente han sido puestas en entredicho repetidas veces y sin temor por abogados que han presentado a los tribunales peticiones de *habeas corpus*. Así, en el asunto *In re Okine* y otras 42 personas el Alto Tribunal se negó a expedir un mandamiento de *habeas corpus*. En su sentencia dictada el 10 de enero de 1959, el magistrado Smith dijo:

La orden de detención preventiva expone que el gobernador general está convencido de que es necesario expedir el mandamiento de detención en cuestión. Como he dicho, está firmado por el ministro de Defensa: nada se opone a que firme este mandamiento en derecho o habida cuenta de las circunstancias del caso. El Tribunal no ha de examinar en absoluto la cuestión de si es necesario expedir el mandamiento (*Progressive Supply Company v. Dalton* 1943 1 Ch., pág. 54). Además parece estar bien sentado que, si una ley sólo requiere que un ministro "esté convencido" de que es necesario adoptar una medida determinada, "queda excluida virtualmente toda revisión judicial porque las medidas ministeriales adoptadas al amparo de esa autoridad tienen carácter meramente administrativo". (*Laws and Orders* - sir Carleton Kemp Allen). Se han citado muchos casos y autoridades en apoyo de esta afirmación. En el asunto *Land Realisation Co. Ltd. v. P.M.G.* 1950 1 Ch., págs. 434, lord Romer dijo en la pág. 445:

Ha quedado bien establecido que, si una disposición legal autoriza a un ministro a realizar algo siempre que esté convencido en relación con cierto estado de cosas, será aceptada por estos tribunales la declaración en la que el ministro manifieste tener tal convencimiento...

Los demandantes recurrieron, pero el 11 de abril de 1960 la Audiencia se declaró incompetente para aceptar un recurso en un

¹⁴ *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. III, núm. 1 (primer semestre, 1961), pág. 106.

¹⁵ *Statutory Rules and Orders* 1939, núm. 1681, dictadas con arreglo a la *Emergency Powers (Defence) Act* 1939.

¹⁶ *Whitaker's Almanac* (Londres, J. Whitaker and Sons Ltd., 1961), pág. 588; esta cifra, que es aproximada, se basa en los censos de 1931 y 1951.

asunto de *habeas corpus*¹⁷. De nuevo, el 6 de junio del mismo año, la Audiencia siguió esta decisión y no aceptó un recurso análogo¹⁸ presentado en esta ocasión por R. Amponsah y M. Apaloo, diputados y miembros del Partido Unido, que habían sido internados. En la Ley sobre tribunales de 1960 se reconocía el derecho de apelación en este tipo de casos.

El 21 de abril de 1961, el Alto Tribunal resolvió una incidencia en el asunto relativo a la detención de Van der Pujie y otros cuatro, uno de los cuales era I. Asigri, otro diputado de la oposición. Las peticiones de los demandantes en favor de la liberación de los detenidos con arreglo al procedimiento de *habeas corpus* se basaban en motivos amplios; los principales eran los siguientes:

i) Según los motivos en que se basaba la detención de los demandantes, éstos habían cometido delitos definidos en el Código penal y, dado que la Ley sobre detención preventiva tenía por objeto prevenir y no castigar, los mandamientos expedidos por el presidente tenían carácter punitivo e iban, por consiguiente, más allá de sus atribuciones.

ii) Según el artículo 39 de la Magna Carta, la detención violaba los derechos fundamentales del ciudadano.

iii) Según la Ley sobre *habeas corpus* de 1816, artículo 3, el Tribunal debía haber investigado si eran ciertos los hechos aducidos como motivos de detención.

iv) El presidente debía haber informado a los demandantes acerca de los verdaderos motivos de su detención.

El Tribunal rechazó todos estos motivos y desechó la petición. En una sentencia diáfana, el magistrado Ollenu sostuvo que los requisitos básicos para expedir un mandamiento válido con arreglo al artículo 2, párrafo 1), de la Ley sobre detención preventiva eran los siguientes:

A mi juicio, los requisitos esenciales de un mandamiento válido expedido con arreglo al artículo 2, párrafo 1), de la Ley sobre detención preventiva son:

- I) la persona contra la que se dicte el mandamiento ha de ser ciudadano de Ghana; en otras palabras, queda planteada la cuestión de la nacionalidad y la jurisdicción;
- II) ha de conocerse la identidad de la persona;
- III) el presidente ha de estar convencido de que el mandamiento es necesario para prevenir delitos, o sea, el presidente ha de obrar de buena fe.

Considero que los demás requisitos esenciales expuestos en el asunto *In re Okine & Ors.* G.L.R. 1959, 1, y en los demás casos citados concurren todos en los puntos que he mencionado antes.

¹⁷ Apelación civil núm. 6/60.

¹⁸ Apelación civil núm. 6/70.

Ambas partes hicieron referencia ante mí a varios casos ocurridos en este país y en Inglaterra, y he estudiado detenidamente cada uno de ellos. La mayoría de los casos ingleses se basa en la interpretación del Reglamento 18 B, contenido en los Reglamentos para la defensa de Inglaterra (disposiciones generales) de 1939, cuya parte pertinente dice lo siguiente:

Si el Secretario de Estado tiene motivos fundados para creer que una persona es originaria de un país enemigo... y que, por tal razón, es necesario someterla a vigilancia, podrá expedir un mandamiento contra esa persona para que ésta sea detenida.

Es importante hacer notar, en comparación con este Reglamento, que el artículo 2, párrafo 1), de la Ley sobre detención preventiva no exige la existencia de ninguna condición especial para que el Presidente se convenza de que él solo puede expedir el mandamiento. El presidente es el único juez de su convicción y de los motivos en que se basa; cuando declara que está convencido de que un mandamiento es necesario para una u otra de las finalidades expuestas en el artículo, su convicción no puede ser puesta en entredicho a menos que se impugne su buena fe. Por supuesto, si hubiera una posibilidad, al margen de su propia afirmación, para determinar si está o no efectivamente convencido antes de expedir un mandamiento, sería procedente investigar esta cuestión porque, si se demuestra que no estaba efectivamente convencido, el mandamiento sería inválido. A este respecto, comparto la opinión de lord Atkin expresada en su declaración disidente en el asunto *Liverside* (sic) v. *Anderson* (1941) 3 A.E.R., 338, págs 349 a 363, que considero aplicable a este caso...

El 28 de agosto de 1961, el Tribunal Supremo de Accra, que se convirtió en la última instancia judicial según la nueva Constitución de Ghana de 1960,¹⁹ resolvió el recurso planteado por B.O. Akoto y otros siete contra la decisión del *Alto Tribunal*, por la que se había negado una petición de liberación según el procedimiento de *habeas corpus*. Los ocho demandantes habían sido internados en noviembre de 1959 por un periodo de cinco años por "haber obrado de manera perjudicial para la seguridad del Estado". El Tribunal Supremo, cuya sentencia se reproduce íntegramente en el Apéndice II, desechó las ocho peticiones, que — como puede verse — se basaban en consideraciones muy generales.

Que se sepa, en los casos que se han planteado ante los tribunales de Ghana, no ha prosperado ninguna de las peticiones de liberación según el procedimiento de *habeas corpus*. En las sentencias, en las que se refleja la manera muy cuidadosa de su redacción, los magistrados han interpretado constantemente las palabras "si está convencido" del artículo 2 de la Ley en sentido subjetivo. Es decir, en palabras del magistrado Ollenu, antes citado, "el presidente es el único juez de su convicción..." Por consiguiente, los tribunales se han negado constantemente a examinar los motivos en que se basó la convicción del gobernador general y, más tarde, del presidente.

¹⁹ Artículo 42, párrafo 1.

Al adoptar sus decisiones, los tribunales han puesto corrientemente en el mismo plano la Ley sobre detención preventiva y el Reglamento 18 B, uno de los reglamentos de defensa dictados por el Gobierno del Reino Unido con arreglo a la Ley sobre las atribuciones de urgencia (Ley de defensa) de 1939. Por ejemplo, en su sentencia sobre el caso Akoto,²⁰ el presidente del Tribunal Supremo, Sr. Korsah, y el magistrado Ollenu, en la parte de su sentencia relativa al caso Van der Pujie antes citado, hicieron referencia al Reglamento 18 B.

CARÁCTER DE LA LEY SOBRE DETENCIÓN PREVENTIVA DE GHANA

En relación con el texto de la Ley, quizá sea conveniente examinar aquí los temas concretos de interés jurídico, especialmente en comparación con leyes de carácter análogo vigentes en otros países del sistema jurídico británico.

Atribuciones para expedir mandamientos de detención según el artículo 2, párrafo 1), de la Ley

i) Sólo puede ordenar la detención el presidente;²¹ el ministro interesado (el de Defensa o el del Interior) firma el mandamiento en nombre del presidente; con anterioridad, el gobernador general expedía el mandamiento basándose en el asesoramiento prestado por sus ministros. En la práctica, corresponde a la policía recomendar la expedición de mandamientos de detención y las recomendaciones llegan al presidente por conducto de la oficina del fiscal general.

ii) Sólo pueden ser detenidos con arreglo a la Ley los ciudadanos de Ghana;²² esta disposición se aplica a una categoría de personas totalmente distintas de las que podían ser detenidas según el Reglamento 18 B²³. Sin embargo, las leyes india y birmana sobre detención preventiva tienen efectos todavía más amplios, pues se aplican a cualquier persona que actúe de la manera proscrita.²⁴

iii) Las detenciones sólo pueden basarse en tres motivos, a saber, si una persona obra de manera perjudicial para la defensa de

²⁰ Véase el Apéndice II, págs. 94 a 108.

²¹ Ley de 1958 sobre detención preventiva, artículo 2, párrafo 1.

²² *Idem.*

²³ Reglamento 18 B, artículo 1.

²⁴ En relación con el objeto de la Ley india de 1950 sobre detención preventiva, véase lo que se dice a su respecto en la página siguiente, y en relación con el de la Ley birmana de 1947 sobre el mantenimiento del orden público, véase la pág. 83.

Ghana, o para las relaciones de Ghana con otros países, o para la seguridad del Estado.²⁵ Los motivos de detención son amplios, pero pero no lo son tanto como los previstos en la legislación india, como se verá más adelante, aunque en ésta se diga "potencias extranjeras" mientras que la correspondiente expresión ghanesa es la de "otros países".

La Ley india sobre detención preventiva de 1950 tiene por objeto, según se define en el artículo 3, párrafo 1), apartado a), impedir que cualquier persona:

actúe de manera perjudicial para:

- 1) la defensa de la India, las relaciones de la India con potencias extranjeras, o la seguridad de la India, o
- 2) la seguridad del Estado o el mantenimiento del orden público, o
- 3) el mantenimiento de los abastecimientos y de los servicios esenciales para la colectividad.

Las disposiciones vigentes en la Federación Malaya²⁶ son todavía más amplias que las indias.

Es apropiado llamar aquí la atención hacia los motivos concretos que se especifican en los mandamientos de detención, según se expusieron en el caso Akoto.²⁷ Estos detalles se expresan en forma esquemática y en términos muy generales, sin hacer apenas referencia a una localidad o fechas concretas. Además, brillan por su ausencia los detalles relativos a la conducta de las personas detenidas. Esta misma escasez de informaciones se advierte en los motivos de detención citados en el caso Van der Pujie, que fueron los siguientes:

... Haber obrado de manera perjudicial para la seguridad del Estado al proponer y alentar constantemente la comisión de actos de violencia en el distrito de Accra (región septentrional) y, en general, haberse asociado con otras personas que han adoptado una política de violencia como medio para conseguir sus objetivos políticos en dicho distrito...

Cabe decir a este respecto que la falta de informaciones sobre los motivos de detención puede afectar adversamente la preparación de los escritos presentados por el detenido al poder ejecutivo.^{27a}

La convicción del presidente con arreglo al artículo 2, párrafo 1), de la Ley

El presidente puede dictar una orden de detención *si está convencido* (subrayado por los autores del artículo) de que el mandamiento es necesario para impedir que una persona obre de la

²⁵ Ley de 1958 sobre detención preventiva, artículo 2, párrafo 1.

²⁶ Artículo 149, párrafo 1, de la Constitución de la Federación Malaya.

²⁷ Véase el Apéndice II, págs. 94 a 108.

^{27a} Véase lo que se dice en la pág. 85.

manera perjudicial antes descrita.²⁸ Hemos observado ya que los tribunales consideran que las funciones discrecionales del Presidente son absolutas y que se han basado corrientemente en la analogía establecida con el Reglamento 18 B y con la jurisprudencia subsiguiente. Por tanto, han de examinarse primero los antecedentes que condujeron a la elaboración del Reglamento 18 B y, en segundo lugar, los términos en que está redactado dicho Reglamento. De esa manera, podrá efectuarse una comparación entre la Ley sobre detención preventiva de Ghana de 1958 y el Reglamento 18 B.

En 1939 el Reino Unido estaba librando una guerra que iba a convertirse poco después en lucha por su supervivencia. Al estallar el conflicto, resultó necesario examinar, con la rapidez requerida en tiempo de guerra, los antecedentes de un gran número de extranjeros y refugiados que estaban ya en el Reino Unido o que entraban en el país. Entre estos extranjeros y refugiados se encontraron luego espías y personas enviadas especialmente por el enemigo con objeto de causar daños y perjudicar los esfuerzos desplegados para ganar la guerra, o sea, la llamada "quinta columna". Por ello, el Parlamento confirió al poder ejecutivo, en la persona del ministro del Interior, la atribución de detener, en ciertas circunstancias, a personas originarias de un país enemigo o asociadas con éste. De esa manera, se tenían mayores medios para contener lo antes posible las actividades de la "quinta columna" y proteger así la seguridad del país. La atribución para efectuar detenciones figuraba en el Reglamento 18 B.²⁹ Éste tenía carácter excepcional y se debía exclusivamente a las circunstancias propias de la guerra. Su vigencia expiraba al terminar la guerra, al quedar sin efecto los reglamentos con el mismo carácter; no se han aplicado desde entonces medidas de detención. Ahora bien, debe quedar bien claro que, pese a haberse detenido a algunas personas mientras duró la guerra en virtud del Reglamento 18 B, otras muchas fueron liberadas cuando quedaron comprobados sus antecedentes y asociaciones y no se halló ninguna causa que justificara mantener su detención.

Por consiguiente, se advertirá que los antecedentes que hicieron necesario dictar el Reglamento 18 B en 1939 difieren mucho de las circunstancias muy distintas que han reinado en Ghana durante los últimos tres años y que han sido descritas antes.³⁰

²⁸ Ley de 1958 sobre detención preventiva, artículo 2, párrafo 1.

²⁹ Véase la nota 15.

³⁰ Conviene subrayar a este respecto que, además de Ghana, otros países del sistema jurídico británico han puesto en práctica en el curso de los pasados quince años leyes por las que se prevé la detención preventiva en tiempo de paz. En la India está vigente la Ley de 1950 sobre detención preventiva. En Birmania rige la Ley de 1947 sobre el mantenimiento del orden público, aunque debe recordarse que en 1948, cuando el país alcanzó la independencia, el Gobierno tuvo que reprimir una grave insurrección que duró bastante tiempo. Ceilán hizo uso en 1961 de las atribuciones que auto-

Vamos a estudiar seguidamente los términos en que está redactado el Reglamento 18 B. En su primera redacción de 1º de setiembre de 1939, el artículo I del Reglamento³¹ disponía lo siguiente:

El secretario de Estado, si está convencido en relación con una persona determinada, de que es necesario hacerlo, para impedir que obre de manera perjudicial para la seguridad o la defensa del Reino, podrá expedir un mandamiento... [para que sea detenida]...

Esta redacción no fue acogida con agrado por la Cámara de los Comunes, porque se consideró que las palabras "si está convencido... de que es necesario..." conferían atribuciones ilimitadas al secretario de Estado; se dijo que ninguna persona debía tener atribuciones tan amplias.

El 23 de noviembre de 1939 se publicó un texto revisado, el Reglamento 18 B, cuyo artículo 1) decía lo siguiente:

Si el secretario de Estado tiene motivos fundados para creer que una persona es originaria de un país enemigo o está asociada con él o ha participado recientemente en actos perjudiciales para la seguridad pública o para la defensa del Reino o en la preparación o instigación de tales actos y que, por tal razón, es necesario someterla a vigilancia, podrá expedir un mandamiento contra esa persona para que ésta sea detenida.

Además de sustituir las palabras *si está convencido... de que es necesario por tiene motivos fundados para creer... que es necesario*, la enmienda redujo considerablemente la clase de personas que podían ser detenidas. En el texto primitivo se decía *una persona determinada*; en la enmienda se hacía referencia a *una persona... originaria de un país enemigo o... asociada con él* [etc.].

En otro artículo del Reglamento 18 B se preveía la institución de un comité consultivo³² ante el que podía formular objeciones la persona detenida. El detenido podía además dirigirse por escrito al mismo secretario de Estado.³³ Según el artículo 5 del Reglamento, el secretario de Estado debía comunicar al Parlamento, por lo menos una vez al mes, las medidas adoptadas con arreglo al Reglamento y el número de casos, si los hubiere, en que se hubiese negado a aceptar el dictamen del comité consultivo.

Se introdujeron otras enmiendas en el Reglamento 18 B que

rizan la detención contenidas en la Orden de 1947 sobre la seguridad pública. En 1960 Malaya promulgó una Ley sobre la seguridad interior en virtud de la cual pueden efectuarse detenciones sin juicio, pero este país acababa de superar una prolongada crisis durante la que habían perdido la vida 11.000 personas debido a las actividades de las guerrillas. El Gobierno de la República de Sudáfrica tiene atribuciones para efectuar detenciones sin juicio. Rodesia del Sur promulgó en 1959 una Ley sobre la detención preventiva (disposiciones transitorias) sin que hubiera una situación de excepción.

³¹ *Statutory Rules and Orders 1939 Defence*, núm 978.

³² Reglamento 18 B, art. 3.

³³ Reglamento 18 B, art. 4.

tuvieron por resultado, entre otras cosas, ampliar ligeramente la categoría de las personas que podían ser detenidas.³⁴ Sin embargo, se mantuvieron la redacción del artículo 1 y las garantías previstas.

La persona objeto de la medida podía impugnar la legalidad de la detención con arreglo al procedimiento de *habeas corpus*, pero su petición tenía pocas posibilidades de ser aceptada, porque – a pesar de haberse sustituido las palabras *si está convencido* por *tiene motivos fundados para creer* – los tribunales interpretaban el Reglamento de modo que confería al ministro del Interior facultades plenamente discrecionales.

En el célebre caso *Liversidge v. Anderson*³⁵ el demandante pretendía que se declarara ilegal su internamiento y pedía daños y perjuicios por detención ilegal. El demandante había pedido que se dieran detalles sobre los motivos por los que el demandado tenía razones fundadas para creer que el demandante era una persona asociada con el enemigo. Se consideró que los detalles sólo podían pedirse si se asignaba a los demandados la obligación de probar los diversos hechos que justificaban el mandamiento de detención. La obligación de probar tales hechos, según estimó la Cámara de los Lores por cuatro votos de mayoría con la opinión disidente de lord Atkin, no incumbía a los demandados y, por consiguiente, no debía ordenarse que se facilitaran detalles. En el caso de reglamentos dictados para la seguridad del país y en el caso de atribuirse al secretario de Estado “plena discreción administrativa”, incumbía a éste decidir si tenía motivos fundados y actuar en consecuencia.³⁶ De hecho, el tribunal no podía investigar los motivos en que se fundaba el ministro del Interior, aunque sólo fuera porque en tiempo de guerra podía poner en peligro la seguridad del país el que se revelaran los motivos de la convicción del ministro. Lord Macmillan planteó la cuestión ante la Cámara de la manera siguiente.³⁷

¿Ha de entenderse que el secretario de Estado debe tener, sobre los hechos de la causa, motivos que un tribunal consideraría suficientes para que se llegue al convencimiento en el espíritu de cualquier hombre normal y razonable, o quiere esto decir que ha de tener él las razones que considere suficientes?

Se aplicó, pues, el criterio subjetivo. Los tribunales no tenían atribuciones para impugnar la facultad de internamiento, salvo para cerciorarse de que el ministro del Interior se había ocupado personalmente del asunto, no obraba de mala fe y no se equivocaba acerca de la identidad del detenido.³⁸

³⁴ Véanse, por ejemplo, las *Statutory Rules and Orders Defence 1940*, núms. 681, 770, 942 y 1682.

³⁵ 1942 A.C. 206.

³⁶ [1941] 3 All England Reports 338.

³⁷ *Ibid.*, pág. 363.

³⁸ 1942 A.C. 261 per Lord Wright.

El profesor E. C. S. Wade ha escrito a este respecto:

... De hecho, la Cámara de los Lores parecía casi dispuesta a sostener esa doctrina de la razón de Estado, que había sido desechada decisivamente en el siglo XVIII en el asunto *Entick v. Carrington*...³⁹

En un artículo publicado en 1942 en la *Law Quarterly Review*⁴⁰, sir Carleton Allen se declaró vigorosamente partidario del punto de vista expresado por lord Atkin en su opinión minoritaria. Escribía lo que sigue:

El argumento principal de lord Atkin fue el de que la expresión "buenas razones" tenía hasta la adopción de dicha decisión un sentido muy claro y un efecto simple en todos los sectores de nuestro derecho, tanto el consuetudinario como el escrito. Esta expresión supone que un tribunal independiente recurre a un criterio objetivo para determinar si es razonable la medida impugnada. Lord Atkin adujo muchos ejemplos para apoyar este argumento y afirmó categóricamente que no se conocía ninguna excepción...⁴¹

El autor decía más adelante, en el mismo artículo:

Hasta noviembre de 1941, esto no ha sido negado jamás, ni siquiera puesto en entredicho, en derecho inglés...

En una comparación entre el texto del Reglamento y el proyecto primitivo, sir Carleton presenta un argumento poderoso:

... cuando el Reglamento exige que el ministro tenga una mera "convicción", no parece que deba estar convencido que está justificado detener a un individuo sin juicio; en cambio, si debe tener "buenas razones", su convicción, esto es, su "estado de espíritu", han de basarse en un elemento de juicio, *del que es sin embargo el único juez.*" (Subrayan los autores del artículo.)

En opinión de sir Carleton, la Cámara de los Lores habría debido aplicar el criterio objetivo en el asunto *Liversidge v. Anderson* y terminaba su artículo diciendo:

El espectáculo de la justicia personal y de la aplicación imperturbable de la ley del país, incluso bajo la amenaza de peligros inminentes, será siempre más digno de admiración... que la inmunidad de los actos del poder ejecutivo que invoca un estado de urgencia temporal; ese espectáculo será particularmente admirado en un momento en que la nación está librando batalla contra el siniestro representante de esta doctrina abominable, que pretende subordinar la administración de justicia a las exigencias de la razón de Estado.⁴³

El profesor A. L. Goodhart, en un artículo publicado en esa

³⁹ E. C. S. Wade y G. G. Phillips, *Constitutional Law* (Londres, Longmans, Green & Co. Ltd., 6ª ed., 1960), pág. 675.

⁴⁰ [1942] 58 *Law Quarterly Review* 232.

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Ibid.*, pág. 238.

⁴³ *Ibid.*, pág. 241.

misma fecha, expresaba la opinión contraria, por considerar que la Cámara de los Lores había juzgado con acierto.⁴⁴

Quedaría incompleto un análisis de interpretación de la expresión "tiene buenas razones para creer" si no nos refiriéramos al asunto *Nakkuda Ali v. Jayaratne*,⁴⁵ en el que el Comité Judicial del Consejo Privado, entendiendo en un recurso procedente de Ceilán, decidió que no había ninguna regla general que prohibiera al tribunal preguntar si estaba justificada la convicción del funcionario en cuestión.

Muchos son los jueces que, en los países de sistema jurídico británico, han quedado profundamente influidos por la decisión tomada en el asunto *Liversidge v. Anderson*. Por ejemplo, los jueces indios han admitido también el criterio subjetivo al interpretar la Ley de 1950 sobre detención preventiva, en la que figura la expresión "si ha llegado al convencimiento".⁴⁶ La misma interpretación ha sido aplicada por los jueces de Singapur en los casos de detención preventiva realizada en virtud de la Orden de 1955 para la protección de la seguridad pública.⁴⁷

Sin embargo, en Birmania los jueces no se han considerado obligados a aceptar el criterio subjetivo para interpretar la Ley de 1947 sobre el mantenimiento del orden público. A pesar de las circunstancias que reinaban entonces en Birmania, donde las luchas interiores equivalían casi a un estado de guerra civil, los jueces, dando prueba de un valor encomiable, prefirieron adoptar el criterio objetivo. Al obrar así, pudieron conciliar más fácilmente la detención preventiva con el artículo 16 de la Constitución de Birmania, que garantiza la libertad del ciudadano.

El artículo 5 A, párrafo 1, de la Ley de 1947 sobre el mantenimiento del orden pública empieza así:

El Presidente de la Unión podrá . . . expedir un mandamiento de detención . . . si ha llegado a la convicción de que es necesario hacerlo para evitar que cualquier individuo obre de manera que podría poner en peligro la seguridad pública o bien cometer un acto perjudicial.

Por consiguiente, los jueces de Birmania tuvieron que resolver a partir de 1947 el mismo problema que se había planteado a los jueces ingleses desde 1940 y que debía plantearse a los de Ghana a partir de 1958: ¿dentro de qué límites debía interpretarse una ley que privaba al ciudadano de su libertad sin procedimiento judicial? En 1950, el Tribunal Supremo de Birmania sentó una decisión de principio en el asunto *Tinsa Maw Naing v. The Commissioner*

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 243.

⁴⁵ 1951 A.C. 66.

⁴⁶ *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. III, núm. 1 (primer semestre, 1961), pág. 105.

⁴⁷ *Ibid.*, pág. 144.

of Police, Rangoon and another.⁴⁸ El demandante había sido detenido en virtud de las disposiciones de la Ley de 1947 sobre el mantenimiento del orden público por haber preparado, según la acusación, el derrocamiento del Gobierno, y había pedido que se le liberara mediante el procedimiento de *habeas corpus*. El tribunal decidió que “el criterio objetivo ha de conducir a determinar si el jefe de policía podía convencerse de la necesidad de esta medida” y que “es necesario, pues, examinar los elementos para determinar si con ellos podía llegar a una convicción el jefe de policía.”⁴⁹ Esta jurisprudencia está, pues, en contradicción directa con la de sentencia en el asunto *Liversidge v. Anderson*. El tribunal declaró además.⁵⁰

No ignoramos que no somos un tribunal que decide acerca de un recurso contra las decisiones del jefe de policía ni tampoco que no estamos facultados para llegar a conclusiones distintas de las suyas en lo que se refiere a los hechos. Ahora bien, conviene tener siempre presente la necesidad de distinguir entre una convicción razonable y una aprensión producida por previsiones imprecisas. El ejercicio de los poderes conferidos por el artículo 5 A de la Ley sobre el mantenimiento del orden público ha de basarse en la convicción razonable de que es necesario expedir un mandamiento de detención. Constituye un abuso ejercer este poder invocando un temor resultante de previsiones imprecisas.

El Tribunal consideró que la detención no estaba justificada por los hechos que se le habían comunicado.⁵¹

Tal como está redactada, la Ley vigente en Ghana está más cerca de la birmana que del Reglamento 18 B. Por otra parte, ni Birmania ni Ghana se hallaban en estado de guerra en el momento en que promulgaron sus leyes respectivas y, de hecho, la situación política de Birmania en 1947 justificaba con mayor razón una interpretación rigurosa de la expresión “si está convencido” que la situación existente en Ghana en 1958. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Birmania garantiza una fiscalización judicial eficaz de los actos del Ejecutivo en materia de detención preventiva. Como se observará, la expresión “temor resultante de previsiones imprecisas”, utilizada por el tribunal birmano, tiene particular interés cuando se tienen en cuenta los motivos aducidos en Ghana para justificar las medidas de detención.

Posibilidad de efectuar gestiones al amparo del artículo 2, párrafo 2, de la Ley

El detenido tiene derecho a efectuar gestiones *por escrito* (subrayan los autores del artículo) ante el presidente en lo relativo

⁴⁸ 1950 *Burma Law Reports (Supreme Court)* 17.

⁴⁹ *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. III, núm. 1 (primer semestre, 1961), pág. 69.

⁵⁰ 1950 B.L.R. (S.C.) 35.

⁵¹ 1950 B.L.R. (S.C.) 36.

al mandamiento de detención.⁵² Cabe preguntarse si este derecho constituye una protección suficiente contra el ejercicio de atribuciones discrecionales por el poder ejecutivo. Parece que deba responderse en sentido negativo, pues ninguna disposición prevé que el detenido será oído personalmente y careado con sus acusadores. En una esfera en la que el presidente ejerce atribuciones casi judiciales, es indispensable satisfacer las exigencias fundamentales de la justicia natural. Uno de los fundamentos de la justicia natural es la regla *audi alteram partem*, según la cual nadie debe ser juzgado sin dársele la ocasión de defenderse⁵³ y de conocer las acusaciones de que es objeto. Parece que la Ley de Ghana ignora este principio de justicia natural. Además, cabe preguntarse si el poder de privar a una persona de su libertad durante un periodo que puede extenderse por cinco años ha de dejarse a la discreción de un solo miembro del Ejecutivo; recordemos a este respecto que el Reglamento 18 B preveía que el ministro del Interior podía remitir el caso a un comité consultivo, si lo consideraba necesario. Por último, según el Reglamento 18 B, el ministro del Interior debía responder de sus actos ante el Parlamento.⁵⁴ En cambio, según el artículo 8, párrafos 2 y 4, de la Constitución de Ghana de 1960, no parece que el Presidente deba responder de sus decisiones ante el Parlamento ni ante ninguna otra autoridad pública.

Hagamos notar finalmente que, según la jurisprudencia de los tribunales indios, corresponde a éstos cerciorarse de que los motivos invocados para justificar una medida de detención son lo bastante precisos para que la persona detenida pueda efectuar gestiones ante la autoridad competente.^{54a}

Ausencia de recurso ante un organismo judicial independiente

La mayoría de los países que aceptan la detención preventiva no se limitan a prever la posibilidad de gestiones. Han establecido además otra protección importante contra el ejercicio abusivo de los mandamientos de detención por parte del poder ejecutivo. Esta protección consiste en un tribunal administrativo independiente que puede conocer de un recurso por el detenido y decidir si la detención está justificada o no; el tribunal transmite sus recomendaciones al ministro interesado. Hemos mencionado ya el comité consultivo nombrado por el ministro del Interior según el Reglamento 18 B; por otra parte, el ministro no queda obligado por las opiniones del comité. En la India, la Constitución prevé un recurso judicial

⁵² Ley de 1958 sobre detención preventiva, artículo 2, párrafo 2.

⁵³ Wade y Phillips, *op. cit.*, pág. 617.

⁵⁴ Reglamento 18 B, art. 6.

^{54a} Véase esta *Revista*, pág.

en caso de detención, pero la primera Ley de 1950 sobre detención preventiva no requería la comparecencia del detenido ante un comité consultivo; sin embargo, esta omisión fue subsanada por la Ley de reforma de 1951.⁵⁶ En la Federación Malaya, la ley contiene disposiciones detalladas por las que se instituye, en virtud del artículo 151, inciso b), de la Constitución, un comité consultivo que entiende de las gestiones formuladas por el detenido. Éste ha de ser informado por el comité de los hechos que se le imputan, salvo si su revelación se opone al interés nacional.⁵⁶ La Ley de 1959 sobre detención preventiva (disposiciones transitorias) prevé también la creación de un tribunal de apelación.⁵⁷

En Nigeria no existe ninguna ley que instituya la detención preventiva, pero la Ley de 1961 sobre las atribuciones de urgencia autoriza al gobernador general a dictar reglamentos que dispongan la aplicación de medidas de detención. Ahora bien, no pueden utilizarse las atribuciones de urgencia sino en casos muy precisos: si la Federación está en guerra, si el Parlamento ha declarado el estado de urgencia o si ha aprobado una declaración según la cual las instituciones nacionales están amenazadas por actos subversivos. Además, todos los reglamentos dictados en virtud de esta Ley han de ser ratificados por el Parlamento dentro de los dos meses siguientes a su promulgación, transcurridos los cuales quedan sin efecto. Si una persona es objeto de una medida de detención en virtud de un reglamento de esta clase, su caso ha de ser sometido periódicamente a un tribunal cuyo presidente es designado por el presidente del Tribunal Supremo Federal; éste comunicará a las autoridades interesadas las conclusiones del tribunal.⁵⁸ Es de lamentar que la Ley de Ghana sobre detención preventiva no contenga ninguna disposición por la que se instituya un tribunal independiente ante el cual el detenido pueda comparecer personalmente.

Duración de la detención según el artículo 4, párrafo 1, de la Ley

Es revelador comparar la duración durante la cual puede detenerse a una persona según las leyes sobre detención preventiva vigentes en los países de sistema jurídico anglosajón, de las que hemos tratado hasta ahora:

⁵⁶ *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. III, núm. 1 (primer semestre, 1961, pág. 106.

⁵⁶ Véase esta *Revista*, pág. 118.

⁵⁷ Rodesia del Sur: Ley de 1959 sobre detención preventiva (disposiciones transitorias), artículo 4.

⁵⁸ Orden del Consejo sobre la aplicación de la Constitución de Nigeria, 1960, Anexo 2, artículo 29.

India: No se fija limitación alguna a la duración de la detención.⁵⁹

Federación Malaya: Dos años como máximo.⁶⁰

Birmania: La detención puede ser indefinida.⁶¹

Rodesia del Sur: La detención es una medida discrecional del gobernador, pero la orden de detención es revisada por éste cada doce meses.⁶²

Singapur: Tres años como máximo.⁶³

República de Sudáfrica: En virtud de los reglamentos de urgencia vigentes del 30 de marzo al 31 de agosto de 1960, el ministro fijaba discrecionalmente la duración de la detención. En otras circunstancias, la detención puede durar dos años.⁶⁴

Ghana: Cinco años en principio, como máximo, pero, en ciertos casos, la duración de la detención puede ser de diez años.⁶⁵

Conclusiones

Quizá podamos llegar a algunas conclusiones gracias al análisis que antecede y al estudio comparado de diversas leyes sobre la detención preventiva.

Primero, concurren las condiciones óptimas en los países que no tienen ninguna ley sobre detención preventiva en época de paz; a este respecto, se debería seguir el ejemplo de Nigeria.⁶⁶ He aquí el tercer párrafo de la Ley de Lagos de fecha 7 de enero de 1961, según el cual:

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, en época de paz, no debe restringirse la libertad personal, salvo en virtud de sentencia dictada por un tribunal de justicia, previo juicio.⁶⁷

⁵⁹ Ley de 1950 sobre detención preventiva, artículo 3, párrafo 1. Véase, sin embargo, el artículo 12 que dispone la detención por el máximo de un año para ciertas categorías de casos.

⁶⁰ Ley de 1960 sobre la seguridad interior, artículo 8.

⁶¹ Ley de 1947 sobre el mantenimiento del orden público, art. 5 A, párr. 1, inc. b).

⁶² Ley de 1959 sobre detención preventiva (disposiciones transitorias), art. 3, párr. 2, inciso b), y art. 12.

⁶³ Orden de 1955 sobre el mantenimiento de la seguridad pública, modificada.

⁶⁴ Véase *South Africa and the Rule of Law*, informe publicado por la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1960; págs. 64 a 69.

⁶⁵ Ley de 1958 sobre detención preventiva, art. 4, párr. 1, y art. 3, párr. 3.

⁶⁶ Conviene recordar, sin embargo, que en determinadas circunstancias algunas personas son privadas de su libertad por la ley, por ejemplo, por motivos de sanidad o higiene públicas, v. gr., en virtud de la Ley de 1959 sobre la salud mental, vigente en el Reino Unido.

⁶⁷ *Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley*, 3 a 7 de enero de 1961, Lagos, Nigeria; pág. 9. Esta Conferencia fue organizada por la Comisión Internacional de Juristas.

Este texto condena, pues, categóricamente la detención preventiva sin procedimiento judicial previo, por lo menos en época de paz.

Segundo, cuando un gobierno se considera obligado, por razones de seguridad, a instituir un sistema de detención preventiva, la ley debe contener salvaguardias razonables para garantizar que el Ejecutivo hará de ella un uso conforme a la justicia y a la razón. Entre tales salvaguardias ha de figurar el derecho a efectuar gestiones y el de comparecer ante un tribunal independiente. A este respecto, nos remitimos también a las conclusiones de la Conferencia de Lagos. Los incisos (1) y (2) del párrafo 5 de las Conclusiones de la Segunda Comisión están concebidos de la manera siguiente:

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).⁶⁸

Estas observaciones son evidentemente muy valiosas pues contribuyen a definir el alcance de las salvaguardias inseparables de toda ley en materia de detención preventiva.

Tercero, debe existir la posibilidad de recurrir judicialmente. A este respecto, y a la luz de los principios generales del imperio de la ley, consideramos que los tribunales deberían estar habilitados siempre, o por lo menos en época de paz, a informarse acerca de los motivos de la detención y a decidir si son suficientes. Convendría aplicar un criterio objetivo, de lo que es ejemplo la práctica seguida por los tribunales birmanos.

Cuarto, convendría establecer finalmente otra salvaguardia, según la cual se facultaría al poder legislativo a recibir informes regulares del jefe del Ejecutivo, bien directamente, bien por conducto de los ministros, acerca del número de las personas detenidas y los casos en que el jefe del Ejecutivo no ha seguido las opiniones emitidas por el tribunal independiente.

Sin examinar el problema puramente político de saber si existía, o si existe todavía, en Ghana una situación que requiere una ley sobre

⁶⁸ *Ibid.*, pág. 16.

detención preventiva, es evidente que ciertas disposiciones de la Ley vigente en dicho país no son satisfactorias desde el punto de vista jurídico.

i) Parece excesiva la duración máxima de la detención preventiva, sobre todo si se tiene en cuenta la falta de toda disposición por la que se prescriba que la duración de la detención será revisada a intervalos regulares por el Ejecutivo, como ocurre en Rodesia del Sur, y si se tiene presente la recomendación de la Segunda Comisión de la Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley.⁶⁹

ii) Dado que el detenido no está en condiciones de carearse con sus acusadores y presentar sus argumentos, hay una violación manifiesta de las reglas de la justicia natural; a nuestro juicio, no bastan las gestiones por escrito.

iii) No existe un tribunal independiente ante el cual el detenido pueda formular objeciones.

iv) Parece cierto que las personas detenidas pertenecen en su gran mayoría a un solo partido político.

v) En la hipótesis de que los asuntos Akoto y Van der Puije sean ejemplos típicos, son insuficientes los detalles precisos consignados en el texto del mandamiento relativos a los motivos de su detención.

vi) Debido a la estrecha interpretación subjetiva que se da a la expresión "si está convencido", los tribunales se han abstenido de investigar los fundamentos en que se basa la convicción del presidente. No parece, pues, que en Ghana la revisión judicial haya constituido una protección eficaz de la libertad individual.

⁶⁹ Véase también esta *Revista*, pág. 19.

. APENDICE I

Ley sobre detención preventiva, 1958

Núm. 17 de
1958SUMARIO

Artículo

1. Título abreviado.
2. Atribuciones para dictar mandamientos de detención.
3. Disposiciones relativas a los mandamientos de detención.
4. Duración de la detención.
5. Vigencia de la Ley.

Ley sobre detención preventiva, 1958

1 Núm. 17 de
1958.

GHANA

Núm. 17 de 1958

Promulgada en nombre de Su Majestad y por Su Majestad el dieciocho de julio de mil novecientos cincuenta y ocho.

K. A. KORSAH

Gobernador general en funciones

LEY por la que se autoriza la detención preventiva.

[18 de julio de 1958]

Fecha de
promulgación

SE PROMULGA por Su Majestad la Reina, previo dictamen y con el asentimiento de la Asamblea Nacional de Ghana reunida en este Parlamento y bajo la autoridad de este Parlamento, lo que sigue:

1. La presente Ley lleva el nombre de Ley de 1958 sobre detención preventiva.

Título
abreviado

2. (1) El presidente puede ordenar la detención de cualquier persona que sea ciudadano de Ghana si está convencido de que tal medida es necesaria para impedir que esta persona obre de manera perjudicial para:

Atribuciones
para dictar
mandamientos
de detención

- (a) la defensa de Ghana,
- (b) las relaciones de Ghana con otros países,
- (c) la seguridad del Estado.

(2) Toda persona detenida en virtud del presente artículo habrá de ser informada, dentro de los cinco días siguientes a su detención, de los motivos de ésta y habrá de tener la posibilidad de dirigir al presidente reclamaciones escritas que se refieran al mandamiento de detención de que sea objeto.

3. (1) Un mandamiento expedido en aplicación de la presente Ley faculta a cualquier agente de la policía a detener a la persona contra la que se haya expedido el mandamiento, y esta persona, mientras esté detenida en cumplimiento de este mandamiento, habrá de permanecer custodiada conforme a la ley.

Disposiciones
relativas a los
mandamientos
de detención

(2) Si el ministro de Defensa tiene motivos para creer que una persona contra la cual se ha dictado un mandamiento en virtud de la presente Ley y que no ha sido internada, trata de eludir su detención, podrá requerir a esta persona, mediante una notificación publicada

1. Núm. 17 de
1958.

Ley sobre detención preventiva, 1958

en el *Boletín Oficial del Estado*, a que se presente a un miembro de las fuerzas de policía en el lugar y dentro del periodo que se especifiquen en la notificación.

(3) Si una persona acerca de la cual se ha publicado una notificación en el *Boletín Oficial del Estado* conforme a las disposiciones del párrafo precedente no cumple tal notificación, será mantenida presa a disposición del presidente durante un periodo que no rebasará el doble del periodo especificado en el mandamiento expedido en aplicación de la presente Ley.

(4) Cuando se haya expedido un mandamiento contra una persona en aplicación de las disposiciones del presente artículo, el presidente podrá ordenar en cualquier momento, mediante una notificación publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, que se suspenda la ejecución del mandamiento a reserva, en caso necesario, de las condiciones que el presidente enuncie en la notificación :

- (a) en tal caso, esta persona habrá de dar a conocer sus desplazamientos y ajustarse a ciertas directrices en cuanto a la manera en que deben dirigirse todas las comunicaciones, periodicidad y autoridad o persona a las que deban transmitirse, y
- (b) también habrá de obtener la fianza de un tercero, acompañada o no por una garantía en metálico, por la que se obligue a observar las condiciones que se le imponen en virtud del inciso precedente.

Si esta persona no cumple una u otra de las condiciones inherentes al mandamiento expedido en virtud del presente párrafo, será detenida en cumplimiento del mandamiento expedido antes o a discreción del presidente por un máximo de cinco años, sea o no derogada la orden en cuestión debida a este incumplimiento.

(5) El presidente podrá insertar en un mandamiento de detención expedido en aplicación de la presente Ley una cláusula por la que se especifique que el mandamiento dejará de tener efecto en la fecha indicada en él y podrá modificar o anular en cualquier momento un mandamiento expedido en aplicación de la presente Ley, o una orden dictada en aplicación del presente artículo.

Duración de
la detención

4. (1) A reserva de las disposiciones del párrafo 3 del artículo precedente, nadie será detenido, en ejecución de un mandamiento de detención expedido en aplicación de la presente Ley, durante más

de cinco años, y cuando una persona haya sido detenida en ejecución de un mandamiento expedido en aplicación de la presente Ley, ningún otro mandamiento podrá ser dictado contra dicha persona en aplicación de la presente Ley, salvo por razón de actividades en las que dicha persona haya podido participar y que se hayan realizado después de la fecha de expedición del primer mandamiento.

(2) A los efectos del presente artículo, todo periodo durante el cual una persona sea liberada en ejecución de una orden dictada por el presidente en virtud del artículo precedente será considerado como periodo de detención.

5. (1) A reserva de las disposiciones de los presentes artículos, la presente Ley cesará de estar en vigor cuando transcurra un periodo de cinco años a partir de la fecha de su promulgación.

Vigencia de
la Ley

(2) La validez de la presente Ley podrá ser prorrogada periódicamente por otros tres años por decisión de la Asamblea Nacional.

(3) Cuando expire la validez de la presente Ley, todo mandamiento de detención expedido en aplicación de sus disposiciones cesará de ser válido, y a disposición del párrafo 2 del artículo 11 de la Ley de interpretación de 1957 (que se refiere a los efectos de las derogaciones de las leyes) será aplicable como si la presente Ley hubiera sido derogada.

He comparado cuidadosamente el presente texto impreso con el texto del proyecto de ley aprobado por la Asamblea Nacional y he comprobado que es una copia fiel de dicho proyecto de ley, correctamente impresa.

K. B. AYENSU

Secretario de la Asamblea Nacional

APENDICE II**TRIBUNAL SUPREMO DE GHANA
EN ACCRA**

**Sentencia dictada el 28 de agosto de 1961 por
Korsah, presidente
van Lare, magistrado
Akiwumi, magistrado**

Apelación civil
núm. 42/61

**APLICACIÓN DE LA LEY DE 1958 SOBRE DETENCIÓN
PREVENTIVA****INTERNAMIENTO DE LOS LLAMADOS BAFFOUR OSEI
AKOTO Y OTROS SIETE****DEMANDANTES**

**PETICIÓN DE MANDAMIENTO DE HABEAS CORPUS AD
SUBJICIENDUM DIRIGIDA AL MINISTRO DEL INTERIOR
Y AL DIRECTOR DE LA CÁRCEL DE JAMES FORT, ACCRA**

**PARA CONSEGUIR LA LIBERACIÓN
DE DICHOS DETENIDOS**

DEMANDADOS.

Los demandantes fueron detenidos e internados los días 10 y 11 de noviembre de 1959, en ejecución de un mandamiento expedido por el gobernador general y firmado en su nombre por el ministro del Interior, en aplicación del artículo 2 de la Ley de 1958 sobre detención preventiva. Este mandamiento estaba redactado de la manera siguiente :

"L.N. 310

LEY DE 1958 SOBRE DETENCIÓN PREVENTIVA
MANDAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA

(Núm. 5), 1959

POR CUANTO el gobernador general está convencido que el presente mandamiento de detención es necesario para impedir que las personas relacionadas en la lista adjunta al presente mandamiento obren de manera perjudicial para la seguridad del Estado,

POR CUANTO, en ejercicio de los poderes conferidos al gobernador general por el artículo 2 de la Ley de 1958 sobre detención preventiva, se ordena lo que sigue :

- 1.(1) El presente mandamiento es el mandamiento de detención preventiva núm. 5, 1959.
- (2) Surtirá efecto a las siete de la mañana del 10 de noviembre de 1959.
- 2.(1) Las personas cuyos nombres y circunstancias figuran en la lista adjunta al presente mandamiento serán detenidas e internadas en aplicación del artículo 2 de la Ley de 1958 sobre detención preventiva.
- (2) A reserva de las disposiciones del artículo 3 de dicha Ley, que faculta para suspender, modificar o revocar el presente mandamiento, y a reserva de las disposiciones del párrafo 3, artículo 5 de dicha Ley, la duración de la detención de las personas relacionadas en la lista adjunta al presente mandamiento será de cinco años.

LISTA

Nombre	Señas y profesión
1. Baffour Osei Akoto	Jefe del servicio lingüístico del Asantehene, House núm. 0.1.141, Ashanti New Town, Kumasi.
2. Peter Alex Danso alias Kwaku Danso	Chófer de camión House núm. M.E. 70, Kumasi.
3. Osei Assibey Mensah	Comerciante, House núm. M.E. 60, Ashanti New Town, Kumasi.
4. Nana Antwi Busiako alias John Mensah	"Nkofehene" (jefe religioso) de Kumasi, House núm. O.B. 473, Mbrom, Kumasi.
5. Joseph Kojo Antwi-Kusi alias Anane Antwi-Kusi	de Kumasi.

- | | |
|-------------------------|--|
| 6. Benjamin Kwaku Owusu | Gerente de plantación,
House núm. B.H. 149,
Asafo, Kumasi. |
| 7. Andrew Kojo Edusei | Director de subastas y escribano,
público, House núm. 0.1.165,
Ashanti New Town, Kumasi. |
| 8. Halidu Kramo | Propietario de una empresa de
transportes, House núm. 8.51,
Suame, Kumasi. |

Hecho en Accra el 10 de noviembre de 1959, por orden del
gobernador general

A. E. INKUMSAH

Ministro del Interior.”

No se pone en duda que este mandamiento es de forma regular, que ha sido debidamente firmado por el ministro del Interior y que los demandantes son las personas relacionadas en él.

Los principales argumentos aducidos por la defensa de los demandantes son los siguientes:

1. El juez ha rebasado sus atribuciones al denegar la petición sin ordenar la presentación formal de los documentos pertinentes.
2. En virtud de la Ley sobre *habeas corpus* de 1816, el Tribunal ha de cerciorarse de la realidad de los hechos mencionados como “motivos”, sobre cuya base el gobernador general ha llegado al convencimiento de que el mandamiento era necesario para impedir que los demandantes obraran de manera perjudicial para la seguridad del Estado.
3. El ministro del Interior, que firmó el mandamiento por el gobernador general y en su nombre, obró de mala fe.
4. Los motivos para la detención de las demandantes no están comprendidos dentro de la definición de los “actos perjudiciales para la seguridad del Estado”.
5. Según lo dispuesto en el artículo 3 del Código de enjuiciamiento criminal de la Costa de Oro, convertido ahora en el artículo 1 del Código de enjuiciamiento criminal de 1960, el gobernador general no tiene facultades para ejercer la atribución (que se le confiere por la Ley sobre la detención preventiva) de expedir un mandamiento de detención e internamiento contra los demandantes sin procedimiento judicial, salvo de conformidad con el Código de enjuiciamiento criminal.

6. La Ley de 1958 sobre la detención preventiva, en virtud de la cual se ha detenido al demandante, rebasa las atribuciones conferidas al Parlamento por la Constitución de la República de Ghana (artículo 13 (1)) y es incompatible con la declaración solemne de los principios fundamentales hecha por el presidente en su toma de posesión.
7. La Ley sobre detención preventiva no ha sido promulgada después de la declaración de un estado de urgencia y viola, pues, la Constitución de la República de Ghana.

En lo que se refiere al primer punto, parece que la petición de mandamiento de *habeas corpus* presentada por los demandantes está acompañada por una declaración y documentos que establecen todos los hechos materiales que eran indispensables para determinar si el mandamiento había sido expedido regularmente, a saber: a) el mandamiento de detención; b) las informaciones facilitadas por escrito conforme a las disposiciones de la Ley; c) las reclamaciones dirigidas por escrito al gobernador general por los demandantes, y d) la respuesta del gobernador general.

No es, pues, sorprendente que, cuando los demandados fueron citados mediante una copia de la petición y otros documentos pertinentes, el secretario general del Ministerio del Interior depositara, en nombre del ministro, una declaración jurada en la que se exponen brevemente los hechos siguientes:

“1. Desde el 1° de julio de 1959, las cuestiones relativas a la detención preventiva, distintas de la atribución estatutaria conferida al ministro de Defensa por el artículo 3 (2) de la Ley de 1958 sobre detención preventiva, han sido conferidas al ministro del Interior.”

“2. Estoy autorizado para declarar que el mandamiento de detención preventiva núm. 5 de 1959 (L.N. 310) fue expedido de buena fe por el gobernador general, en aplicación del artículo 2 de la Ley de 1958 sobre detención preventiva, y declaro además que ha sido expedido debidamente de buena fe por el ministro del Interior.”

“3. La razón por la que se ha expedido este mandamiento es la que figura en la exposición que le acompaña, a saber, que, de conformidad con las disposiciones del artículo 2 de la Ley de 1958 sobre detención preventiva, el gobernador general llegó al convencimiento de que dicho mandamiento es necesario para impedir que las personas detenidas obren de manera perjudicial para la seguridad del Estado. Los motivos para la detención comunicados a dichos detenidos contienen informaciones detalladas sobre los actos o la conducta anteriores, sobre cuya base el gobernador general tomó su decisión.”

En estas circunstancias, y habida cuenta de que las declaraciones revelan ya todos los hechos que han de tenerse presentes para determinar si el mandamiento debe expedirse o no, consideramos que la presentación formal de los documentos pertinentes es inútil y que

el juez estaba facultado para pronunciarse acerca de la petición sobre la sola base de las declaraciones. Nadie niega que: a) los demandantes pertenecen a la categoría de personas a las que se aplica la Ley sobre detención preventiva; b) que son las personas mencionadas en el mandamiento, y c) que el mandamiento ha sido expedido por la autoridad competente.

Se ha sostenido, por otra parte, en nombre de los demandantes, que cuando un juez no ordene la liberación conforme al artículo 14 de la Ley, ha de ordenar la presentación formal de los documentos pertinentes para decidir acerca del mandamiento de *habeas corpus*. A nuestro juicio, no es ésta una interpretación exacta del artículo 14, concebido en los términos siguientes:

“Cuando entienda de la petición, el juez puede ordenar, por su propia autoridad, que la persona detenida sea liberada, y esta orden constituye una justificación suficiente para que un funcionario de prisiones, un agente de policía o cualquier otra persona liberen a la persona detenida.”

A nuestro juicio, el artículo 14 no exige que en todos los casos el juez ordene la presentación de documentos oficiales. Nuestra opinión está confirmada por la argumentación de lord Goddard en *Ex Parte Greene 1941*, 3 All. E.R. 104, pág. 123: “Para evitar cualquier falsa interpretación, deseo añadir que tanto en el caso presente como en el *R. v. Home Secretary, Ex p. Lees*, los demandantes han acompañado a sus declaraciones juradas copias de los mandamientos en virtud de los cuales habían sido detenidos, y nadie ha puesto en duda la exactitud de estas copias. Ahora bien, pueden ocurrir casos en los que las personas que han sido detenidas, tanto en virtud de reglamentos de defensa nacional o por otras razones, no comuniquen, o no puedan comunicar, al tribunal la orden o el mandamiento en virtud del cual han sido detenidas. En tal caso, si el tribunal considera procedente tomar una decisión provisional o requerir pruebas, incumbe a la persona que custodie al preso hacer una declaración jurada para presentar la orden o el mandamiento en virtud del cual mantiene al detenido en prisión. Si bien, como ya he dicho, el procedimiento antes seguido no requería la comprobación de los documentos, por lo menos en primera instancia, la práctica moderna exige que la declaración se haga bajo juramento, y ha de procurarse, en los casos que se refieren al reglamento de defensa nacional, que se presente el mandamiento firmado por el secretario de Estado, única autoridad que puede ordenar la detención del preso.”

En lo que se refiere a la segunda cuestión, se ha dicho que, en virtud del artículo 3 de la Ley sobre *habeas corpus* de 1816, el tribunal ha de comprobar la realidad de los hechos invocados en la exposición de motivos, sobre cuya base el gobernador general ha llegado al convencimiento de que el mandamiento de detención era

necesario para impedir que los demandantes obraran de manera perjudicial para la seguridad del Estado. En primer lugar, se plantea la cuestión de saber si la Ley sobre *habeas corpus* de 1816 es una ley de aplicación general en el sentido del artículo 14 de la Orden de 1876 sobre el Tribunal Supremo. A nuestro juicio, se trata de una ley de aplicación general, porque esta Ley estaba en vigor en Inglaterra el 24 de julio de 1874 y no existe ninguna circunstancia particular que pueda impedir su aplicación en nuestro país. La cuestión que se plantea en relación con la Ley sobre *habeas corpus* de 1816 es una cuestión de procedimiento. En el sistema jurídico británico, la presentación de documentos justificativos para corroborar una petición de *habeas corpus* no puede dar lugar a controversias, pero la Ley de 1816 autorizaba al tribunal a que se cerciorara de la realidad de los hechos expuestos en la declaración que ordenaba tal presentación, salvo en los casos en que el mandamiento de detención sea expedido para proteger la seguridad del Estado y la persona que expida el mandamiento disponga de plena libertad de apreciación para tomar una medida administrativa, tal como fue decidido en el asunto *Liversidge v. Anderson & Another* 3 All Eng. Law Report (1941) 338. A raíz de dicha decisión, consideramos que, si bien la Ley sobre *habeas corpus* de 1816 es una ley de aplicación general, no es aplicable en el caso presente, porque la Ley sobre detención preventiva, en virtud de la cual los demandantes han sido detenidos, confiere plena libertad de apreciación al gobernador general y actualmente al presidente, si está convencido de que el mandamiento es necesario. Por consiguiente, el tribunal no podía comprobar la realidad de los hechos contenidos en la exposición de motivos por los que se ha detenido a cada demandante.

En esta materia seguimos la doctrina jurídica sentada en la sentencia dictada en los asuntos *Liversidge v. Anderson* 1941 All Eng. R. 338, *R. v. Home Secretary, Ex Parte Greene* 1941, 3 All Eng. R. 104, *R. v. Home Secretary, Ex Parte Budd* 1942, 1 All Eng. R. p. 373. En estos casos, se planteaba la cuestión de saber si el tribunal estaba facultado para verificar el fundamento de la decisión del secretario de Estado, cuando el Reglamento 18 B exigía que tuviera buenas razones para creer que era necesario expedir el mandamiento. Como se observará, según la Ley sobre detención preventiva, el gobernador general, si está convencido de que es necesario, puede expedir un mandamiento de detención contra la persona o las personas que designe nominalmente. A este respecto, lord Greene, expresando la opinión de la mayoría en el asunto *Ex Parte Budd* (véase más arriba) declaró lo que sigue: "Es evidente que, si los tribunales no están facultados para verificar los fundamentos de la opinión del secretario de Estado en los casos en que éste ha de formarse una opinión, no puede pretender tampoco

verificar los motivos de su convicción en los casos en que ha de tener una convicción.”

Podemos también mencionar la opinión sobre este problema expresada por la mayoría de la Cámara de los Lores en el asunto *Liversidge v. Anderson*.

El vizconde Maugham dice en el página 348 :

“Se deduce de lo que antecede que ninguna cuestión previa de hecho puede ser sometida a las tribunales y que, en efecto, no puede recurrirse contra la decisión del secretario de Estado en la materia, siempre que éste obre de buena fe.”

Lord Macmillan dice en la página 370 :

“No puedo aceptar ninguna interpretación del Reglamento, según la cual el secretario de Estado podría obrar conforme a lo que le parezca ser un motivo razonable, pero correría el riesgo de que un tribunal estuviera en desacuerdo.”

Lord Wright dice en la página 378 :

“A mi juicio, según lo dispuesto en el Reglamento 18 B, el tribunal no tiene competencia para verificar si está fundada la opinión a que ha llegado el secretario de Estado y, por esta razón, la opinión de los autores citados no puede aplicarse al caso presente. Dado que el ministro del Interior tiene plena libertad de apreciación para tomar esta medida administrativa, le corresponde decidir si tiene motivos razonables y obrar en consecuencia. La decisión no puede ser tomada por ninguna otra persona, y ningún tribunal tiene competencia para examinar la cuestión.”

Lord Romer dice en la página 384 :

“Si, con motivo del proceso, el ministro del Interior responde que, a su juicio, su sentencia se basaba en motivos razonables, su testimonio, que es meramente una declaración de opinión, ha de ser aceptado necesariamente, salvo si puede probarse que no obraba de buena fe, e incumbe al demandante facilitar la prueba de ello.”

En relación con los principios enunciados tan claramente por la mayoría de la Cámara de los Lores en el asunto *Liversidge*, lord Greene dice en *Ex Parte Budd* en la página 375 : “Es casi inútil decir que no se puede aceptar la validez de los argumentos presentados en ocasiones anteriores y que podrían dar a entender que los tribunales están facultados para comprobar si está fundada la opinión a que ha llegado el secretario de Estado.”

Cuando se presenta el mandamiento, la única cuestión que debe examinarse es su legalidad; si el mandamiento es legal, la detención es legal.

En tercer lugar, si se formula una acusación de mala fe, se desprende claramente de la jurisprudencia que incumbe al acusador

presentar la prueba, y que no corresponde a la autoridad constituida, en este caso el ministro del Interior, hacer tal cosa. En el caso presente, el principal motivo mencionado en esta acusación de mala fe es el de que, el día siguiente de su detención, el ministro dijo a los demandantes que se les comunicarían los motivos de su detención, que se les autorizaría a entrevistarse con sus abogados para presentar reclamaciones y que el Gobierno quería tratarlos de la manera más equitativa posible. Los demandantes afirman además que el ministro les habló en los términos siguientes: "Algunos de vosotros no sois quizá culpables de los delitos de que se os acusa y, si presentáis reclamaciones, vuestro caso será examinado." Es más, en respuesta a uno de los demandantes que le hacía notar que había visto el mandamiento de detención en el que figuraban muchos nombres, algunos de los cuales habían sido borrados, el ministro contestó: "Vivís en Kumasi. Alex Osei, con una pistola en cada mano, dispara contra mujeres en las calles de Kumasi. Cuando luchábamos por la libertad contra los británicos, nosotros hemos sido detenidos." Por esto, los demandantes pretenden que la ausencia de pruebas o de mentises por el ministro interesado constituye una prueba sobre cuya base se puede decir que ha habido mala fe.

En el supuesto de que el ministro hiciera la declaración que se le atribuye, no puede considerarse que ésta es una prueba de su mala fe; al contrario, serviría mejor para corroborar la opinión según la cual el ministro ha informado sin demora a los demandantes acerca de sus derechos y les ha comunicado que, según la Ley, podían dirigir reclamaciones al gobernador general, consejo éste que han seguido los demandantes. El hecho de que estas reclamaciones no hayan tenido por resultado su liberación no prueba en modo alguno que había mala fe, como no lo prueba la alegación de que el ministro les acusó de haber sido cómplices en los disparos hechos en las calles de Kumasi. Compartimos la opinión del juez de la instancia inferior, según la cual estas alegaciones no constituyen una prueba de la mala fe o de mala voluntad del ministro.

Los tribunales han de suponer que los altos funcionarios del Estado obran de buena fe en el ejercicio de su cargo. En principio, sería un error verificar la buena fe de un ministro simplemente porque un demandante le haya acusado de mala fe. El tribunal no puede examinar acusaciones de mala fe sino en el caso de que haya pruebas positivas, que brillan por su ausencia en el caso que nos ocupa (*Nakkuda Ali v. M. F. De S. Jayaratne*, 1951 A.C. 76-77).

En cuarto lugar, los demandantes pretenden que la exposición de motivos de la detención que se les ha comunicado no pone de manifiesto que pese sobre ellos la sospecha de prepararse a cometer actos perjudiciales para la seguridad del Estado, en el sentido que se da ordinariamente a la expresión "seguridad del Estado", y que la Ley sobre detención preventiva tiene por objeto impedir que una

persona obre de manera perjudicial para la defensa del país, es decir, en relación con una potencia extranjera.

El artículo 2 de la Ley de 1958 sobre detención preventiva pone de relieve que la atribución de dictar un mandamiento de detención no existe únicamente para defender a Ghana contra una potencia extranjera; al contrario, este artículo faculta expresamente al gobernador general a expedir estos mandamientos cuando se trate:

- a) de la defensa de Ghana,
- b) de las relaciones de Ghana con otros países, o
- c) de la seguridad del Estado."

No podemos, pues, aceptar la interpretación estrecha que el abogado de los demandantes desea dar al objeto de la Ley, pero creemos, como él, que para ayudarnos a definir la categoría de actos que se refieren a la expresión "seguridad del Estado", podemos remitirnos al título IV, capítulo 1, del Código penal de 1960, o al título 23 del Código penal, capítulo 9 (actualmente derogado) titulado "Actos contra la seguridad del Estado." Como se observará, en este capítulo se define un gran número de delitos que no tienen nada que ver con la defensa de Ghana contra los países extranjeros, pero con respecto a los cuales el gobernador general, si está convencido de su necesidad, puede decretar mandamientos de detención en virtud de la Ley de 1958 sobre detención preventiva. El objeto de la Ley es impedir que una persona realice un delito que podría quizá cometer en el porvenir. Esta Ley tiene por objeto impedir que se cometan actos que puedan perturbar el orden público y poner en peligro la seguridad del Estado.

Los motivos de la detención de cada demandante que se acompañan a la declaración presentada en apoyo de la demanda de *habeas corpus* son los siguientes :

1.

"BAFFOUR OSEI AKOTO

Ha obrado de manera perjudicial para la seguridad del Estado por haber alentado la utilización de medios violentos en las regiones de Ashanti o Brong-Ahafo y ha estado asociado con personas que han utilizado la violencia con fines políticos en estas regiones.

2.

**PETER ALEX DANSO alias
KWAKU DANSO**

Ha obrado de manera perjudicial para la seguridad del Estado por haber preconizado y alentado en muchas ocasiones y particularmente en octubre de 1959 la utilización de medios violentos en las regiones de Ashanti y Brong-Ahafo y, de manera general, ha empleado la violencia o se ha asociado con personas que han utilizado la violencia con fines políticos en estas regiones.

3.

OSEI ASSIBEY MENSAH

Ha obrado de manera perjudicial para la seguridad del Estado por haber preconizado y alentado la utilización de medios violentos en las regiones de Ashanti o Brong-Ahafo y, de manera general, ha utilizado la violencia o se ha asociado con personas que han utilizado medios violentos con fines políticos en estas regiones.

4.

**NANA ANTWI BUSIAKO alias
JOHN MENSAH**

Ha obrado de manera perjudicial para la seguridad del Estado por haber preconizado y alentado en muchas ocasiones y particularmente en octubre de 1959 la utilización de medios violentos en las regiones de Ashanti y Brong-Ahafo y, de manera general, ha utilizado la violencia o se ha asociado con personas que han utilizado la violencia con fines políticos en estas regiones.

5.

**JOSEPH KOJO ANTWI-KUSI alias
ANANE ANTWI-KUSI**

Ha obrado de manera perjudicial para la seguridad del Estado por haber preconizado y alentado en muchas ocasiones y particularmente en septiembre de 1959 la utilización de medios violentos en las regiones de Ashanti y Brong-Ahafo y, de manera general, ha utilizado la violencia o se ha asociado con personas que han utilizado la violencia con fines políticos en estas regiones.

6.

BENJAMIN KWAKU OWUSU

Ha obrado de manera perjudicial para la seguridad del Estado por haber alentado la utilización de medios violentos en las regiones de Ashanti y Brong-Ahafo y se ha asociado con personas que han utilizado la violencia con fines políticos en estas regiones.

7.

ANDREW KOJO EDUSEI

Ha obrado de manera perjudicial para la seguridad del Estado por haber preconizado y alentado en muchas ocasiones y en particular en abril de 1959 la utilización de medios violentos en las regiones de Ashanti y Brong-Ahafo y ha utilizado la violencia o se ha asociado con personas que han utilizado la violencia con fines políticos en estas regiones.

8.

HALIDU KRAMO

Ha obrado de manera perjudicial para la seguridad del Estado por haber alentado la utilización de medios violentos en las regiones de Ashanti y Brong-Ahafo y se ha asociado con personas que han utilizado la violencia con fines políticos en estas regiones."

No puede negarse que, en estas circunstancias, el gobernador general puede decretar la detención de dichos individuos, si ha llegado a la convicción de que esto es necesario para impedir que obren de la manera indicada, que ha de ser forzosamente perjudicial para la seguridad del Estado. Cuando alguien trata de subvertir los fundamentos de la ley y trata de crear un estado de cosas que conducirá al caos y hará imposible el funcionamiento normal del gobierno, el gobernador general está facultado a recurrir a los poderes especiales que le confiere la Ley sobre detención preventiva para salir al paso de los que, según su convicción, participan en tales actividades y pueden obrar de manera perjudicial para la seguridad del Estado.

En quinto lugar, el artículo 3 del Código de enjuiciamiento criminal está redactado de la manera siguiente :

“(1) Todos los delitos mencionados en el Código penal serán objeto de una investigación y de un proceso y serán enjuiciados de manera general conforme a las disposiciones del presente Código.”

“(2) Todos los demás delitos serán objeto de una encuesta y de un proceso y de manera general serán tratados conforme a las disposiciones del presente artículo a reserva, sin embargo, de las disposiciones de todo reglamento que defina las modalidades o el lugar de encuesta, del proceso o de cualquier otro procedimiento que se entable en relación con estos delitos.”

Este artículo sólo prevé la formación de un proceso respecto a los delitos que se han cometido, pero no puede invocarse para limitar los poderes de detención conferidos para impedir la realización de actos cuyo objeto sea perjudicar la seguridad del Estado. Los delitos que trata de prevenir la Ley sobre detención preventiva son actos que pueden ser cometidos en el futuro; en cambio, el Código penal versa sobre actos que ya se han cometido.

Mediante una comunicación notificada mientras estuvo en suspenso el presente recurso, el abogado de los demandantes invocó las atribuciones del Tribunal Supremo a tenor de lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución para declarar que la Ley de 1958 sobre detención preventiva estaba viciada de nulidad por sobrepasar las atribuciones conferidas al Parlamento. Manifestó lo siguiente :

“1. Que la Ley de 1958 sobre detención preventiva rebasaba las atribuciones conferidas al Parlamento por la Constitución, habida cuenta de que, mientras el artículo 13, párrafo 1, de la Constitución, no había sido derogado por la voluntad del pueblo, a) la libertad y la justicia debían ser respetadas y defendidas, b) ninguna persona debía ser objeto de discriminaciones por razón de sus opiniones políticas y c) ninguna persona debía ser privada de la libertad de palabra, de circulación y de reunión, ni del derecho de recurrir a los tribunales.

2. Que la Ley de 1958 sobre detención preventiva es incompatible con la Declaración de Principios Fundamentales confirmada solemnemente por KWAME NKRUMAH, cuando éste aceptó la invitación del pueblo a que desempeñara las altas funciones de PRESIDENTE DE GHANA y a la que dio su adhesión al declarar que "los poderes de gobierno derivan de la voluntad del pueblo y deben ser ejercidos conforme a esta voluntad", y que en particular debe respetarse y defenderse la libertad y la justicia, prohibirse cualquier discriminación que se base en diferencias de opiniones políticas, no debe privarse a nadie de su libertad de palabra, de circulación y de reunión ni del derecho de recurrir a los tribunales.

3. Que la Ley de 1958 sobre detención preventiva, que no fue aprobada después de la declaración del estado de urgencia o como medida restrictiva necesaria para mantener el orden público, la moralidad pública o la salud pública, pero que sin embargo, ha puesto en manos del presidente un instrumento jurídico que le permite tomar medidas discriminatorias contra ghaneses, a saber, detener e internar a ghaneses y encarcelarlos durante cinco años por lo menos y privarles así de su libertad de palabra, de circulación y de reunión, o del derecho de recurrir a los tribunales constituye una violación directa de la Constitución del Presidente de Ghana y es totalmente ilegal, nula y sin valor.

El artículo 42, párrafo 2, está redactado en los términos siguientes:

"El Tribunal Supremo es competente en primera instancia en toda materia en la que se plantee la cuestión de saber si una ley ha sido promulgada de manera que rebasa los poderes conferidos al Parlamento por la Constitución o en virtud de la Constitución; si una cuestión de esta clase se plantea ante el tribunal de apelación o ante una instancia inferior, se aplazará el proceso y la cuestión será sometida al Tribunal Supremo para su decisión."

Dado que los problemas jurídicos que plantean estas cuestiones no podían evocarse ante el tribunal de apelación, que no podía entender de la materia, hemos considerado procedente dar la autorización pedida y estos problemas pueden ser examinados, pues, en el curso de la presente apelación.

Todos los argumentos invocados parecen apoyarse en el artículo 13 de la Constitución. Se ha afirmado que la Ley sobre detención preventiva está viciada de nulidad porque es incompatible con la Constitución de la República de Ghana, aprobada en 1960, y concretamente con su artículo 13. Se ha afirmado que la Ley sobre detención preventiva requiere que, al tomar posesión de su cargo, el presidente declare profesar ciertos principios fundamentales, a saber:

"Los poderes de gobierno derivan de la voluntad del pueblo y han de ejercerse conforme a esta voluntad.

Han de respetarse y defenderse la libertad y la justicia.
Es necesario esforzarse por realizar la unión de Africa por todos los medios legales y, una vez conseguido este objetivo, mantenerla fielmente.

La independencia de Ghana no debe ser abandonada ni reducida por otras causas que no sean la búsqueda de la unidad africana.

Nadie ha de ser objeto de discriminación alguna por motivos basados en diferencias de sexo, raza, tribu, religión u opinión política.

Las funciones de los jefes tradicionales de Ghana han de ser garantizadas y conservadas.

Todo ciudadano de Ghana ha de recibir una parte equitativa de los productos obtenidos gracias al aprovechamiento del país.

A reserva de las restricciones que puedan resultar necesarias para mantener el orden público y defender la moralidad y la salud públicas, nadie ha de ser privado de la libertad de religión o de palabra, de la libertad de circulación y de reunión y del derecho de recurrir a los tribunales.

Nadie ha de ser privado de sus bienes salvo en los casos en que lo exija el interés público y en que la ley lo disponga."

Sin embargo, esta argumentación se basa en una concepción equivocada del propósito, objetivo y efectos del artículo 13, párrafo 1, cuyas cláusulas son, a nuestro juicio, análogas a las del juramento de coronación prestado por la reina de Inglaterra durante la ceremonia de su coronación. Por una parte, el presidente ha de hacer una declaración solemne; por otra parte, la reina ha de prestar un juramento solemne. No puede pretenderse que el juramento o la declaración tengan los mismos efectos jurídicos que una ley aprobada por el Parlamento. Por consiguiente, no puede aceptarse que la declaración hecha por el presidente con motivo de su toma de posesión constituya una "Declaración de Derechos" en el sentido que la Constitución de los Estados Unidos de América da a esta expresión.

Podemos examinar ahora qué efectos ha podido ejercer la Constitución de 1960 de la República de Ghana en la Ley de 1958 sobre detención preventiva promulgada por el Parlamento de Ghana en virtud de la Orden de 1957 por la que se otorgó una Constitución a Ghana. Observamos que, por la Ley sobre la Constitución (disposiciones subsiguientes) de 1960, promulgada por la misma Asamblea Constituyente que promulgó la Constitución republicana, la Ley de 1958 sobre detención preventiva fue publicada de la manera siguiente:

En el artículo 2, en los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 3 y en el párrafo 2 del artículo 4, se sustituyó la expresión "gobernador general", por la palabra "presidente", cada vez que se utilizaba dicha expresión. Asimismo, el artículo 40 de la Constitución republicana de 1960 estipula que figuran entre las leyes de Ghana las que estaban en vigor inmediatamente antes de promulgarse la Constitución. En consecuencia, teniendo en cuenta que la Ley de 1958 sobre detención preventiva estaba vigente en Ghana en el momento en que se promulgó la Constitución y teniendo en cuenta

que fue modificada por el mismo órgano que promulgó dicha Constitución, no puede negarse que el propósito del pueblo de Ghana, manifestado por sus representantes reunidos en la Asamblea Constituyente, era el de mantener en vigor la Ley de 1958 sobre detención preventiva y darle pleno efecto. Por consiguiente, el argumento según el cual el poder legislativo del Parlamento está limitado por el artículo 13, párrafo 1 de la Constitución, es incompatible con las disposiciones expresas del artículo 20. Consideramos, pues, que la Ley sobre detención preventiva no viola la Constitución de la República de Ghana y no es, por consiguiente, ni ilegal ni nula y sin valor.

A nuestro modo de ver, según el artículo 20 de la Constitución, que proclama la soberanía del Parlamento, éste puede revocar cualquier ley que considere necesario, a reserva de los límites siguientes :

- a) El Parlamento no puede modificar ninguno de los artículos fundamentales de la Constitución, a menos que la voluntad del pueblo haya podido manifestarse en un referéndum.
- b) Sin embargo, el Parlamento puede ampliar por su propia voluntad, pero no disminuir, los artículos fundamentales.
- c) Los artículos que no son fundamentales sólo pueden ser modificados por una ley que reforme expresamente la Constitución.

Debe ponerse de relieve que el artículo 13, párrafo 1, reviste la forma de una declaración personal del presidente y no constituye en modo alguno parte integrante del sistema legislativo general de Ghana. En las demás partes de la Constitución en que se enuncia una obligación, se utiliza la palabra "shall" (debe); en cambio, en toda la declaración se utiliza la palabra "should" (debería). A nuestro juicio, la declaración sólo señala el objetivo que cada presidente debe esforzarse por conseguir. No constituye una obligación jurídica cuyo cumplimiento puedan exigir los tribunales.

Después de examinar dichas declaraciones para averiguar cómo podría llevarse a la práctica cada una de ellas, hemos llegado a la conclusión de que las disposiciones del artículo 13, párrafo 1, no crean obligaciones jurídicas cuya ejecución pueda exigir un tribunal. Sin embargo, estas declaraciones imponen a cada presidente una obligación moral y marcan el criterio político gracias al cual el electorado puede evaluar la actuación del jefe del Estado. El recurso de que dispone el pueblo si el presidente se aparta de los principios de la declaración se halla en las urnas y no en la vía judicial.

No aceptamos la opinión según la cual el Parlamento sólo sería competente para aprobar leyes sobre detención preventiva en tiempo de guerra y no en tiempo de paz. El poder que tiene el Parlamento

para promulgar leyes deriva de la misma fuente, la Constitución, y si ésta faculta al Parlamento para promulgar leyes que autoricen la detención de personas en tiempo de guerra, no hay razón alguna para que el mismo Parlamento ejerza estos mismos poderes para promulgar leyes cuyo objeto sea impedir que una persona obre de manera perjudicial para la seguridad del Estado en tiempo de paz. Ghana no es el único país en el que se han promulgado leyes sobre detención preventiva en tiempo de paz.

Por último, es inaceptable el argumento según el cual la Ley de 1958 sobre detención preventiva es incompatible con la Constitución de la República de Ghana.

Por estos motivos, el Tribunal desecha el recurso interpuesto por los demandantes.

K. A. KORSAH

Presidente del Tribunal Supremo

W. B. VAN LARE

Magistrado del Tribunal Supremo

A. M. AKIWUMI

Magistrado del Tribunal Supremo

Dr. Danquah, en nombre de los demandantes.

Bing, fiscal general, y Amissah, abogado del Estado, en nombre de los demandados.

LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN LA FEDERACIÓN MALAYA

Para comprender debidamente las disposiciones legislativas que autorizan la detención gubernativa en la Federación Malaya, es imprescindible recordar lo ocurrido en el país después de la segunda guerra mundial.

Después de la ocupación japonesa (1941 a 1945), el país gozó de un breve periodo de calma durante el cual se restableció la administración británica. A fines de 1947 se produjeron algunos disturbios y, en vista de que aumentaban el número y la frecuencia de los "incidentes", se proclamó en 1948 el estado de excepción.¹ Los "incidentes" eran la obra de bandas de terroristas que seguían las orientaciones del partido comunista malayo. Muchos de los terroristas habían luchado contra los japoneses, encuadrados en los grupos de resistentes bajo la influencia comunista. En apoyo de las fuerzas de seguridad del país se utilizó a tropas británicas y del Commonwealth. La revuelta culminó en 1951 con el asesinato por los terroristas del Alto Comisario,² el más alto funcionario británico de la Federación. Las fuerzas gubernamentales restablecieron gradualmente la ley y el orden en extensas regiones del país. Cuando, en agosto de 1957, se proclamó la independencia de la Federación Malaya, su victoria estaba virtualmente asegurada. Se mantuvo el estado de excepción mientras las fuerzas de seguridad estaban empeñadas en la tarea de eliminar los últimos focos de resistencia. El estado de excepción fue levantado el 31 de julio de 1960. Ahora bien, sólo se adoptó esa medida una vez que el Gobierno se hubo atribuido amplias facultades para reprimir las actividades subversivas.³ Los terroristas han dejado de ser una amenaza grave, pero no

¹ La proclamación se hizo el 16 de junio. Durante los doce años en que se mantuvo el estado de excepción, los terroristas tuvieron 6.710 muertos. Perdieron la vida 4.338 miembros de las fuerzas de seguridad y civiles. Durante el mismo periodo se expulsó de la Federación a 12.220 personas. Durante el estado de excepción, hubo más de 20.000 "incidentes". Véanse las cifras oficiales en el *Sunday Times* de 31 de julio de 1960.

² Sir Henry Gurney.

³ a) Ley de reforma constitucional, 1950.

b) Ley sobre la seguridad interior del Estado, 1960. En virtud de esta Ley, el 1° de agosto de 1960 se abrogaron las órdenes de detención dictadas contra sesenta y siete personas internadas con arreglo a la Orden relativa a las normas de carácter excepcional. Todavía no se tienen datos sobre las gestiones realizadas por esos detenidos ante la Junta Consultiva creada por la Ley.

han sido dispersados completamente. Según fuentes oficiales, hay a lo largo de la frontera entre la Federación Malaya y Tailandia unos seiscientos terroristas, de los que unos sesenta se encuentran en territorio malayo. Se han dictado reglamentos especiales para estas zonas.⁴

En el presente artículo nos proponemos describir las disposiciones legales vigentes el 1° de agosto de 1960, después de haber sido derogadas las normas de carácter excepcional. Sólo se examinarán las atribuciones del poder ejecutivo que pueden utilizarse para efectuar detenciones. No serán objeto de estudio las leyes que atribuyen al poder ejecutivo la facultad de limitar la libertad de circulación o de someter un particular a la vigilancia de la policía sin decisión judicial previa.⁵ Nos ocuparemos primero de las disposiciones de la Constitución relativas a la libertad del individuo y luego de los textos legales que autorizan al poder ejecutivo a efectuar detenciones. No es posible realizar un análisis jurídico completo porque las leyes pertinentes se han promulgado hace poco tiempo y, por consiguiente, no hay todavía jurisprudencia sobre el particular.

Garantías constitucionales

La Constitución de la Federación Malaya, que se asemeja estrechamente a la de la India, contiene, lo mismo que la de este país, un título relativo a las libertades fundamentales.⁶

La Comisión que redactó en 1957 el proyecto de Constitución

⁴ Estos reglamentos se han dictado al amparo de la sección 71 de la Ley sobre la seguridad interior del Estado.

⁵ He aquí la lista de las disposiciones pertinentes:

1. Orden sobre la expulsión. F.M.S. Cap. 38, modificada por las enmiendas núms. 18 de 1937, 3/1938, 5/1948, 51/1951 y 64/1953. Antes de ser expulsada, la persona objeto de la medida puede ser retenida durante diez días.
2. Disposición sobre la fijación de residencia. F. M. S. Cap. 39 modificado por 4/1948, 13/1948 y 70/1958.
3. Orden para la prevención del delito, 1958.
4. Orden relativa a las mujeres y muchachas. F. M. S. Cap. 156. Modificaciones núms. 1/1936, 50/1936, 18/1937, 15/1938, M. U. 27/1947, F. 1/1948 y 49/1957.
5. Orden relativa a los vagos. F. M. S. Cap. 191; F. 1/1948 y 49/1957.
6. Orden sobre la cuarentena. F. M. S. Cap. 185, 13/1936 y F. 1/1948.
7. Orden para la prevención de enfermedades. F. M. S. Cap. 186, 16/1938 y F. 1/1948.
8. Orden sobre los desórdenes mentales. F. M. 31/1952 y AM. 27/1956.
9. Orden sobre la lepra. F. M. S. Disposición: Cap. 180, 1/1936, 18/1957, 3/1938 y F. 1/1948.
10. Orden relativa a los niños y a los jóvenes. M. U. Orden núm. 33/1947. Enmiendas F. 1/1948 y F. 49/1957.
11. Orden para el mantenimiento de la paz pública. F. M. 46 de 1958.

⁶ Título II, Artículos 5 a 13.

de la Federación Malaya ⁷ hizo notar en la Memoria explicativa que, con acierto, las constituciones de tipo federal suelen definir y garantizar ciertos derechos individuales de carácter fundamental que se consideran generalmente requisitos esenciales para la existencia de un modo de vida libre y democrático. Sin embargo, la Comisión subrayó:

“Todos los derechos que recomendamos definir y garantizar están firmemente afianzados en toda Malaya y quizá parezca innecesario hacerlos objeto de protección especial en la Constitución. Ahora bien, hemos observado que algunos círculos sienten vagos temores respecto al futuro. A nuestro juicio, esos temores están infundados, pero no cabe oponerse a que se garanticen tales derechos a reserva de algunos casos de urgencia; recomendamos que así se haga...”⁸

Esta sección de la Constitución versa sobre la libertad de la persona (Artículo 5), la igualdad ante la ley (Artículo 8), la libertad de palabra, asamblea y asociación (Artículo 10), la libertad de conciencia (Artículo 11), los derechos en materia de educación (Artículo 12) y en materia de propiedad (Artículo 13). Prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado (Artículo 6) y protege al individuo contra las leyes penales retroactivas y los dobles juicios para sancionar un mismo delito, y protege también al ciudadano contra el destierro (Artículo 9).

A los efectos presentes, la sección que requiere un examen más detenido es la relativa a la libertad de la persona.

En el Artículo 5, párrafo 1), se dispone: “Nadie será privado de su vida o de su libertad personal sino de conformidad con la ley.”⁹

Este artículo protege la vida y la libertad personal de todos los residentes en la Federación Malaya (ciudadanos y no ciudadanos), salvo el caso de que se niegue tal protección de conformidad con el procedimiento fijado por la ley. A nuestro entender, la libertad personal es el derecho a no ser objeto de ninguna forma de coerción física y no meramente a no ser objeto de encarcelamiento.

Una persona privada de su libertad puede insistir en que se aplique una ley válida que faculte al poder ejecutivo a privarle de su libertad y en que se sigan los procedimientos fijados por esa ley. No puede pretender que el procedimiento se ajuste a determinados principios de justicia natural. Sin embargo, puede exigir que las leyes que no surtan efecto por tener la calidad de enmiendas constitucionales se ajusten a los procedimientos fijados en otros párrafos del Artículo 5. Esta sección no fija límites a las atribuciones del poder legislativo, competente en otros respectos en virtud de la Constitución. Tiene por objeto señalar límites al Ejecutivo y cerciorarse de que, si se priva al individuo de su vida o libertad,

⁷ La Comisión Reid.

⁸ Página 70, párrafo 170.

⁹ Cfr. Constitución de la India, sección 21.

ello sólo se haga de conformidad con una ley válida y en armonía con el procedimiento en ella prescrito.

En los párrafos 2 a 4 del Artículo 5 se define el procedimiento que ha de seguirse para privar a una persona de su libertad. El párrafo 2 confiere forma estatutaria al procedimiento de *habeas corpus*. Incumbe al Tribunal Supremo investigar las quejas de detención ilegal. Si el Tribunal no está convencido de la legalidad de la detención, ordenará que el detenido sea entregado a la autoridad judicial y que ésta le libere.

Han de comunicarse al detenido, lo antes posible, los motivos de su detención y ha de permitírsele que consulte al abogado de su elección y que le encargue de su defensa.¹⁰

El detenido ha de ser entregado al juez de instrucción sin demora injustificada y, en todo caso, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su detención (sin contar el tiempo necesario para los viajes) y además no ha de ser mantenido en custodia sin la autorización del juez.¹¹

Se niega específicamente al extranjero enemigo el derecho a ser entregado al juez dentro de veinticuatro horas. Se le niega también el derecho a ser informado de los motivos de su detención y el derecho a consultar al abogado de su elección y a encargarle de su defensa.¹² Queda implícito, pues, que no se deja sin efecto su derecho a pedir que el Tribunal Supremo examine la legalidad de su detención. Ahora bien, se le niega el derecho a asesorarse de abogado para la presentación de la queja. El apartado que excluye a los extranjeros enemigos de tales derechos no se aplica a los que actúen en nombre suyo. La presentación de quejas puede correr a cargo de terceros. Por consiguiente, es de suponer que, si un tercero presenta una queja, no se le negará su derecho a hacerse representar por abogado.

Atribuciones especiales previstas por la Constitución

El Título XI de la Constitución contiene las disposiciones relativas a las atribuciones de urgencia del poder legislativo y a sus atribuciones especiales para reprimir los actos subversivos. Las leyes promulgadas en virtud de estas disposiciones son válidas no obstante su incompatibilidad con las secciones de la Constitución que garantizan la libertad personal, la libertad de circulación y las libertades de palabra, asamblea y asociación. Además, según esta sección, el Parlamento Federal puede promulgar cualquier ley que,

¹⁰ Inciso 3.

¹¹ Inciso 4.

¹² Inciso 5.

de no regir esta cláusula, quedaría fuera de sus atribuciones legislativas.¹³

Con objeto de ejercer las amplias atribuciones previstas por esta sección, el Parlamento sólo está obligado a exponer en una ley que un grupo considerable de personas, dentro o fuera de la Federación ha obrado, o ha amenazado obrar, con los fines siguientes :

- a) provocar en un número considerable de ciudadanos el temor de que se organizan actos de violencia personal o contra propiedades ; o
- b) apartar a los ciudadanos de su adhesión al Yang di-Pertuan Agong (el monarca) o a cualquiera de los gobiernos de la Federación ; o
- c) suscitar entre los distintos elementos raciales o clases de la población sentimientos de enemistad y de hostilidad que puedan dar lugar a actos de violencia ; o
- d) procurar la alteración, por medios que no sean legítimos, de cuanto prescriba la ley ; o
- e) realizar actos que pongan en peligro la seguridad de la Federación o de una cualquiera de sus partes.¹⁴

Se trata, pues, de amplias atribuciones. Por otra parte, parece que la cuestión de determinar si se ha obrado o se ha amenazado obrar con tales fines no puede ser objeto de litigio. Es concluyente la exposición de motivos en la ley. La exposición es la forma mediante la cual el poder legislativo expresa su convencimiento de que existe una situación peligrosa. Este caso es análogo al tratado en los asuntos *Liversidge v. Anderson*¹⁵ y *Nakkuda Ali v. Jayaratne*,¹⁶ aunque en el caso presente el problema se plantea en un contexto legislativo. No hay jurisprudencia malaya al respecto, pero es posible opinar son algún fundamento que en las actuales circunstancias políticas de Malaya las autoridades judiciales aplicarán criterios subjetivos y estarán dispuestas a aceptar como concluyentes las exposiciones de motivos de las leyes.¹⁷ Una reciente en-

¹³ Artículo 149, párrafo 1).

¹⁴ Artículo 149, párrafo 1), modificado por la sección 28, inciso a), de la Ley de reforma constitucional, 1960.

¹⁵ [1942] A. C. 206.

¹⁶ [1951] A. C. 66.

¹⁷ Consideramos además que "expone" indica, más fácilmente que "está convencido", que se aplicará un criterio subjetivo. La aplicación de un criterio subjetivo no estaría en armonía con las intenciones de la Comisión Reid (página 75, párrafo 174). Sin embargo, el magistrado Abdul Hamid, miembro de la Comisión, subrayó, en su opinión disidente, consignada en las págs.

mienda constitucional ha prorrogado la validez de esas disposiciones por un año, a menos que el Parlamento decida lo contrario. Incluso en el caso de que así lo haga, su acción no dejará sin efecto las leyes promulgadas al amparo de esas disposiciones o de la declaración del estado de excepción.¹⁸

El artículo 151 versa sobre la validez de cualquier ley u orden hecha o promulgada de conformidad con el Título XI de la Constitución, que se refiere a la detención preventiva. Se da así a la detención preventiva categoría de disposición constitucional, pero sólo para los casos en que sean aplicables las atribuciones de urgencia. Si no existen las circunstancias propias de una situación de excepción, el Ejecutivo no tiene atribuciones para efectuar detenciones. Sea lo que fuere, el artículo 151 es una limitación importante de las atribuciones asignadas al Parlamento en virtud de los artículos 149 y 150. La validez de cualquier ley promulgada en virtud del artículo 149 se mantiene aunque sea incompatible con las libertades fundamentales, pero no ocurre así si está en pugna con el artículo 151. Las disposiciones están en armonía con lo recomendado por la Comisión Constitucional, esto es, la detención preventiva será ilegal salvo en la medida que la autoricen las leyes de excepción.¹⁹ Según el artículo 151, párrafo a), la autoridad que ordene una detención en virtud de la ley u orden mencionadas habrá de comunicar al detenido lo antes posible los motivos de su detención y los hechos en que se base el mandamiento y habrá de darle la oportunidad de impugnarlo. Pueden mantenerse secretos los hechos cuya comunicación podría resultar perjudicial, a juicio de la autoridad, para el interés nacional. Es interesante subrayar que, si bien con arreglo al párrafo 5 del artículo 5 un extranjero enemigo no tiene derecho a ser informado de los motivos de su detención, el párrafo a) del artículo 151 no le niega tal derecho. Esto tiene extrañamente el resultado de que, proclamado el estado de excepción o en el caso de que el poder legislativo haya asumido atribuciones de urgencia, mejore la situación del extranjero enemigo.

El artículo 151, párrafo b), se refiere al periodo durante el cual puede detenerse a un ciudadano. Por consiguiente, los no ciudadanos no adquieren derechos al amparo de esta disposición.

1104 y 1105, que las recomendaciones de la Comisión permitirían que el Parlamento asumiera atribuciones de urgencia mediante una mera declaración según la cual existe una situación peligrosa. Por su parte, él recomendaba la supresión de toda la sección relativa a las atribuciones de urgencia y la previsión de excepciones en las que el Parlamento podría actuar de urgencia sin tener en cuenta las garantías constitucionales. En tal caso, los tribunales determinarían si existía una situación peligrosa.

¹⁸ Artículo 149, párrafo 2), de la Constitución, modificado por la sección 28, inciso b), de la Ley de reforma constitucional, 1960.

¹⁹ Memoria de la Comisión, pág. 93.

Es la única sección en la que se distingue entre ciudadanos y no ciudadanos en cuestiones de libertad personal.²⁰ Esta distinción tiene importancia práctica porque es considerable el número de las personas que residen en la Federación Malaya, pero no se han naturalizado en el país. Muchas de estas personas son ciudadanos del Estado de Singapur que trabajan en la Federación. Según este párrafo, la detención puede durar hasta tres meses. Antes de que se reformara la Constitución en el año actual, sólo podía prorrogarse el plazo de detención si la Junta Consultiva, que ha de crearse en virtud de lo dispuesto en esta sección, ha tenido la oportunidad de examinar el punto de vista del detenido (en ejercicio de los derechos que le confiere el párrafo a) y ha comunicado dentro del periodo de tres meses que, a su juicio, la detención está justificada.

La Junta Consultiva está compuesta de tres miembros. El presidente es designado por el Yang di-Pertuan Agong de entre personas que son magistrados del Tribunal Supremo, lo han sido o reúnen las condiciones necesarias para serlo.²¹ Los otros dos miembros son nombrados por el Yang di-Pertuan Agong después de consultar al presidente del Tribunal Supremo. Sin embargo, este no ha de ser consultado obligatoriamente para el nombramiento del presidente de la Junta. El Yang di-Pertuan Agong no está obligado a aceptar los consejos que el presidente del Tribunal Supremo le dé acerca de las personas que han de componer la Junta.²² Los miembros de ésta son personalidades relevantes con gran experiencia jurídica, pero no son "jueces" según la Constitución. Por consiguiente, no se les aplican las disposiciones constitucionales que garantizan los haberes de los jueces ni las relativas a los procedimientos que autorizan su destitución solamente en circunstancias muy excepcionales.²³ Desempeñan sus funciones mientras lo quiera el Yang di-Pertuan Agong. No es imposible prever el caso de que sean objeto de presiones por parte del Ejecutivo.

Una enmienda constitucional ha privado a la Junta de su facultad a emitir un dictamen concluyente acerca de la justificación de una detención. La Junta Consultiva sólo tiene funciones de asesoramiento. La detención sólo es legal transcurridos los tres primeros meses si la Junta ha examinado todas las reclamaciones del detenido y ha presentado sus recomendaciones sobre el particular al Yang di-Pertuan Agong.²⁴

²⁰ Salvo en el caso, que no presenta dificultad, de expulsión de la Federación. Artículo 9, párrafo 1).

²¹ En relación con las calificaciones necesarias para ser nombrado magistrado, véanse los artículos 123 y 174, párrafos 2), 3) y 4).

²² Artículo 151, párrafo 2).

²³ En el Artículo 125 de la Constitución se especifican la remuneración y los privilegios.

²⁴ Ley de reforma constitucional, 1960; sección 30.

No se prevé la posibilidad de recurrir contra las decisiones de la Junta Consultiva. Esta disposición no ha sido modificada por las enmiendas introducidas en la Constitución. Sus recomendaciones sólo pueden ser impugnadas si las atribuciones han sido ejercidas con mala fe o más allá de su competencia. El detenido no tiene derecho a pedir que se le caree con sus acusadores. En el asunto *Chia Khin Sze v. Mentri Besar, Selangor*²⁵ se decidió que el derecho a presentar reclamaciones no comprende el derecho a ser oído ni, por consiguiente, el derecho a hacerse representar por abogado. En ejercicio de sus facultades al amparo del Decreto sobre la fijación de residencia,²⁶ el demandado había expedido un mandamiento para la busca y captura del demandante y había subrayado la necesidad de realizar otra investigación. Propuso que ésta se realizara *in camera*, sin que se permitiera al demandante que se hiciera representar por abogado. El Decreto sobre la fijación de residencia no se había dictado en virtud de las atribuciones de urgencia previstas en la Constitución. Por consiguiente, la cuestión planteada era saber si la detención era incompatible con los derechos conferidos por la sección 5. El tribunal desestimó la petición por considerar: a) que, habida cuenta de que el demandado no tenía la obligación de realizar la investigación según lo prescrito en dicho decreto, el demandante no tenía derecho a ser oído y, por consiguiente, no podía existir el derecho a la defensa por abogado; b) que no se reconoce el derecho a hacerse representar por abogado en relación con un acto ejecutivo y, dado que el artículo 5 tiene carácter meramente declarativo, la petición del demandante no podía prosperar; y c) que el artículo 5, párrafos 3) y 4), de la Constitución sólo podían aplicarse a las detenciones efectuadas con arreglo al Código de enjuiciamiento criminal y no al Decreto sobre la fijación de residencia.²⁷

El primero de estos motivos no se aplica a los casos que se plantean ante la Junta Consultiva. Ésta no puede ejercer su discreción y está obligada a examinar la reclamación. Tanto el segundo como el tercer motivo pueden ser pertinentes. Esta decisión ha sido objeto de críticas.²⁸ Se han formulado objeciones contra el segundo motivo porque, si bien el Decreto no reconoce el derecho de defensa, se dispone en la Constitución que el detenido tendrá este derecho. No debe negarse la posibilidad de defenderse y el Decreto carece de valor para el caso. Carece de objeto hacer referencia a la jurisprudencia inglesa porque en Inglaterra no existe este derecho

²⁵ 24 M. L. J. 105.

²⁶ F. M. S. Cap. 39.

²⁷ El magistrado Sutherland subrayó que eran análogas las disposiciones contenidas en el Código de enjuiciamiento criminal (sección 28) y el Artículo correspondiente de la Constitución.

²⁸ Véanse: 24 M. L. J., xli a xliii, y las observaciones del profesor L. A. Sheridan en el vol. I, núm. 2, de la *University of Malaya Law Review*, 176.

constitucional. Conviene hacer notar que, si se considera acertada esta crítica, la Constitución ha creado nuevos derechos al revés de lo recomendado por la Comisión Reid. El tercer motivo ha sido objeto de críticas porque, sea cual fuere la analogía existente entre los términos utilizados en la disposición constitucional y en la sección del Código de enjuiciamiento criminal, las disposiciones constitucionales han de interpretarse en su contexto constitucional.

Ley sobre la seguridad interior del Estado, 1960

Al levantarse el estado de excepción, quedaron sin efecto los reglamentos de urgencia que conferían al Ejecutivo amplias atribuciones de detención y vigilancia. La Ley sobre la seguridad interior del Estado se promulgó con el fin de dar al Gobierno Federal atribuciones para efectuar detenciones preventivas y ejercer la vigilancia que el Gobierno consideraba necesaria para reprimir los actos subversivos y otras formas de violencia organizada. Esta Ley entró en vigor el 1° de agosto de 1960.

La Ley fue promulgada con arreglo al artículo 149²⁹ de la Constitución que autoriza al Parlamento a adoptar disposiciones legislativas para reprimir los actos subversivos siempre que exponga en la ley los motivos según los cuales un grupo sustancial de personas ha emprendido una acción o amenaza emprender una acción que hace pensar a un número sustancial de ciudadanos que se organizan actos de violencia contra las personas o las propiedades. La Ley se divide en dos partes principales. La primera contiene las disposiciones generales relativas a la seguridad interior. La segunda contiene las disposiciones especiales relativas a las zonas de seguridad. Esta segunda parte confiere amplias atribuciones al Ejecutivo para limitar la libertad del particular, pero las facultades relativas a la detención preventiva sólo figuran en la primera parte.

El ministro puede expedir una orden de detención contra cualquier persona tan pronto como el Yang di-Pertuan Agong esté persuadido de que la detención es necesaria para impedir que esa persona obre de manera perjudicial para la seguridad de Malaya o de cualquier parte del país. Incumbe al ministro fijar el alcance de la orden. En vez de detener a un particular, el ministro puede fijar límites a sus actividades, actuación profesional o libertad de circulación. Puede ordenar que esa persona permanezca en su domicilio a determinadas horas. Puede exigirse que la persona objeto de la orden informe a una autoridad expresamente citada acerca de sus desplazamientos, o bien puede prohibírsele que haga uso de la palabra en público o salga de la Federación. Puede impedírsele que participe en las actividades de cualquier organización, tenga o no

²⁹ Modificado por la sección 28 de la Ley de reforma constitucional, 1960.

carácter político. Todas las órdenes de detención o restricción decretadas en virtud de la sección referida tienen una duración máxima de dos años. Ahora bien, nada impide que se expida otra orden.³⁰

La cuestión que se planteará a este respecto será la de si los tribunales han de aplicar un criterio subjetivo u objetivo para evaluar las consideraciones que ha tenido presentes el Yang di-Pertuan Agong hasta convencerle de que la conducta del demandante es perjudicial para la seguridad de Malaya. Hemos dicho ya que lo más probable es que los magistrados apliquen un criterio subjetivo. Tratándose de problemas análogos, los tribunales indios han aplicado un criterio análogo si el Ejecutivo no obraba de mala fe.³¹

Toda persona detenida (no las que son objeto de restricciones, por severas que éstas sean) tiene derecho, que debe hacerse efectivo lo antes posible, a: a) ser informada de los motivos de su detención; b) a ser informada de los hechos que se le imputan y sobre los que se basa la orden de detención, aunque no podrá pedirse a la autoridad que revele hechos cuya comunicación sería incompatible, a juicio de la autoridad, con el interés nacional; c) a que se le dé la oportunidad de oponerse a la orden tan pronto como sea posible.³²

El detenido o la persona objeto de restricciones en virtud de la Ley mencionada tiene derecho a formular objeciones ante una Junta Consultiva.³³ Para que pueda hacerlo, habrá de informársele, dentro de los catorce días contados a partir de la fecha de la comunicación de la orden, de su derecho a formular objeciones ante la Junta Consultiva. Además de los derechos precitados, el ministro habrá de informarle, por escrito, acerca de los detalles que, a juicio del ministro, pueda necesitar para formular objeciones de modo adecuado.³⁴

Probablemente se planteará la cuestión de saber qué debe entenderse por "motivos" de detención. Los motivos son conclusiones basadas en hechos y no una exposición detallada de éstos. Ahora bien, lo importante es saber en qué distinción se basa la conclusión. "Ser miembro del Partido comunista de Kuala Lumpur" y "obrar de manera perjudicial para la seguridad de Malaya" pueden ser conclusiones basadas en los mismos hechos. El Yang di-Pertuan Agong ha de detener a los que sigan una conducta que, a su juicio, puede "poner en peligro la seguridad de Malaya".³⁵ Por consiguiente, es discutible si basta la segunda de las conclusiones antes mencionadas. Por otra parte, si la finalidad de la información es facilitar al detenido que formule sus objeciones, habrá de preferirse la primera. Si se acepta la segunda, el derecho carece de contenido

³⁰ Sección 8.

³¹ *S. S. Singh v. State of Pepsu* A. I. R. 1954 S. C. 276, 277.

³² Sección 9.

³³ Sección 11, inciso 1).

³⁴ Sección 11, inciso 2).

³⁵ Sección 8, inciso 1).

efectivo. Para el detenido tendrá importancia saber qué opinión va a prevalecer. Los "motivos" son el único elemento que el Ejecutivo no puede guardar secreto. Sólo pueden guardarse secretos hechos o documentos por motivos de interés nacional.³⁶ Si se aplica la segunda de las conclusiones antes mencionadas, el detenido se hallará en una situación sobremanera difícil en el caso de que se guarden secretos los hechos y los detalles. No estará en condiciones de saber a qué actos o relaciones obedece su detención.

Cualquiera que sea la manera en que se interpreten los "motivos", lo cierto es que no pueden enunciarse vagamente y que han de existir en el momento en que se expida la orden. Expedida ésta, no pueden añadirse otros motivos a los mencionados en un principio, ni pueden éstos ser modificados ni suprimidos.

Se distingue entre "hechos" y "detalles". Los primeros sólo pueden guardarse secretos razones de seguridad;³⁷ los segundos se comunican según disponga discrecionalmente el ministro.³⁸

Una cuestión importante que habrá de decidirse a este respecto es saber si la finalidad del procedimiento es facilitar que el detenido formule objeciones. Consideramos que, en tal caso, habrá de poderse determinar judicialmente si la información facilitada basta para esta finalidad fundamental.

En el plazo de tres meses después de la fecha de la detención, la Junta Consultiva habrá de examinar las objeciones que haya formulado la persona detenida y habrá de presentar al Yang di-Pertuan Agong recomendaciones sobre el particular.³⁹ Se ha fijado la fecha límite de tres meses a partir de la fecha de detención de suerte que el detenido pueda formular sus objeciones con anticipación para que la Junta Consultiva tenga el tiempo suficiente para examinarlas. Ahora bien, en la práctica esta dificultad no será una consideración importante porque la Junta habrá de revisar todas las órdenes de detención o de otro carácter por lo menos una vez cada seis meses.⁴⁰

El primer informe de la Junta se presentará al Yang di-Pertuan Agong quien, en vista de las recomendaciones, dará al ministro las instrucciones que considere oportunas. Toda decisión de esta clase, salvo la posibilidad de revisión por la Junta Consultiva, es definitiva y no será objeto de revisión por ningún tribunal.⁴¹

La Junta Consultiva tiene todas las atribuciones propias de un tribunal para citar y examinar testigos, aceptar juramentos o promesas y requerir la presentación de documentos, salvo los reser-

³⁶ Sección 16.

³⁷ Sección 9, inciso b), y sección 16.

³⁸ Sección 11, inciso 2), apartado b), subapartado iii).

³⁹ Sección 12, inciso 1).

⁴⁰ Sección 13, inciso 1).

⁴¹ Sección 12, inciso 2).

vados debido a las necesidades de la seguridad nacional.⁴² La Junta puede seguir el procedimiento judicial, pero no está obligada a hacerlo. Además, el Yang di-Pertuan podrá decretar qué normas procesales habrá de aplicar la Junta.⁴³ Los miembros de la Junta tienen la categoría de funcionarios públicos y en caso de acciones o demandas ejercitadas en contra suya, tienen derecho a la misma protección y a los mismos privilegios que los reconocidos a los jueces por razón de su cargo.⁴⁴ Sin embargo, no son "jueces" en el sentido que se da a esta palabra en la Constitución y, por consiguiente, no gozan de todos los privilegios de éstos.

La Junta Consultiva no es un órgano judicial. En realidad, es un órgano que tiene la misión de asesorar al poder ejecutivo acerca de los casos de detención preventiva cuando se tiene el propósito de que tal detención dure más de tres meses.

Según la Ley, se llevarán a efecto los mandamientos y órdenes expedidos en el Estado de Singapur en virtud de cualquier ley escrita vigente en dicho Estado que sea análoga o equivalente a la Sección 8. Las órdenes que con tal fin se reciban de la autoridad competente de Singapur podrán hacerse efectivas si la orden se ha expedido con arreglo a la Sección 8 y únicamente en el caso de que el ministro haya expresado su aprobación mediante su refrendo.⁴⁵ No se ejecutará contra un ciudadano de la Federación un mandamiento expedido en Singapur.⁴⁶ Podría dar lugar a una cuestión interesante saber si el refrendo del ministro prueba de manera concluyente la analogía o la equivalencia de la ley de Singapur con la Sección 8 de la Ley. Tal caso podría plantearse si se decretara una detención con arreglo a la Orden de 1955 relativa a la ley penal de Singapur (disposiciones transitorias). Esta Orden tiene por objetivo facilitar la represión de las actividades de bandas de ladrones y otras análogas y no las de los que ponen en peligro la seguridad nacional. A nuestro modo de ver, el refrendo del ministro sólo significa su aprobación de la orden expedida en Singapur y no es concluyente.

Conclusión

Las recientes Leyes para la reforma de la Constitución y sobre la seguridad interior del Estado han creado amplias atribuciones para la detención sin juicio. Se ha transferido de la Junta Consultiva al poder ejecutivo decidir en último término si la detención está

⁴² Sección 14.

⁴³ Sección 11, inciso 3).

⁴⁴ Sección 15.

⁴⁵ Sección 19, inciso 1).

⁴⁶ Sección 19, inciso 3).

justificada; el Ejecutivo tiene ahora plena responsabilidad por sus decisiones.

Las leyes antes vigentes no carecían de defectos. Si bien la Junta podía estar compuesta de personal judicial muy calificado, el procedimiento autorizado era insatisfactorio para llegar a una decisión "judicial". A este respecto, las leyes recientes han contribuido sobremedida a ampliar las atribuciones procesales de la Junta, pero no pueden compararse todavía con el procedimiento de un tribunal de justicia.

Se han reducido los derechos del detenido. Sin embargo, no se sabrá cuál es el alcance exacto de tales derechos sino después de que la materia haya sido objeto de decisión judicial.

En estas circunstancias, incumbe al poder judicial una pesada responsabilidad. En general se cree que las atribuciones antes descritas son necesarias para proteger la seguridad de Malaya. Ahora bien, su carácter arbitrario se presta fácilmente al abuso. La actitud del poder judicial dependerá del alcance de las libertades fundamentales del individuo a las que se da tanta prominencia en la Constitución. Sin embargo, la decisión del magistrado Sutherland en el asunto *Chia Khin Sze v. Mentri Besar, Selangor*⁴⁷, en la hipótesis de que refleje la actitud de los jueces, no da pie para ningún optimismo.

L. W. ATHULATHMUDALI *

⁴⁷ 24 M. L. J. 105.

* B.A. (Oxford), B.C.L. (Oxford); miembro de Gray's Inn; abogado; profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Malaya, Singapur.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1° de julio de 1961

Para cerrar esta serie de estudios sobre la detención preventiva, nos ha parecido interesante reproducir un análisis de la sentencia dictada el 1° de julio de 1961 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como ha sido publicada por el secretario del Tribunal. El punto de derecho acerca del cual el Tribunal debía pronunciarse era el de la validez de una medida de internamiento administrativo tomada por el Gobierno de Irlanda contra uno de sus ciudadanos en virtud de la Ley de 1940 sobre actos contra la seguridad del Estado. Como es sabido, éste es el primer asunto que ha sido decidido por el Tribunal desde su creación.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ASUNTO G. R. LAWLESS

El secretario del Tribunal comunica :

1. El 1° de julio de 1961, la sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha debido examinar el asunto "Lawless" ha dictado, bajo la presidencia del Sr. R. CASSIN, presidente honorario del Consejo de Estado de Francia, su sentencia sobre el fondo del asunto.
2. El asunto fue presentado al Tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos el 13 de abril de 1960. Versa sobre el caso de G. R. Lawless, ciudadano irlandés, que en noviembre de 1957 presentó a la Comisión una demanda contra el Gobierno de la República de Irlanda.

En su demanda, G. R. LAWLESS alegaba que en su caso se había cometido una violación del Convenio por las autoridades de la República de Irlanda, pues había sido detenido sin juicio del 13 de julio al 11 de diciembre de 1957, en virtud de la Ley de 1940 sobre actos contra la seguridad del Estado. Se sospechaba que

LAWLESS había participado de las actividades del *Irish Republican Army* (I.R.A.), organización armada que había sido declarada ilegal en la República de Irlanda.

3. La Comisión, tras haber declarado admisible la demanda el 30 de agosto de 1958, la examinó de conformidad con el procedimiento previsto en los artículos 28 y 29 del Convenio. No se pudo llegar a una solución amistosa y por ello la Comisión elaboró el informe previsto en el artículo 31 del Convenio. En el informe, la Comisión expresó, por mayoría, la opinión de que no se había producido ninguna violación del Convenio por parte del Gobierno de Irlanda y de que no debía darse curso a la petición de daños y perjuicios formulada por el demandante.

Posteriormente, la Comisión, consciente de la importancia fundamental de los problemas jurídicos que se planteaban en este asunto, consideró procedente presentarlo al Tribunal para su decisión.

Para el procedimiento ante el tribunal, la Comisión designó como delegados suyos a sir Humphrey WALDOCK, delegado principal, y a los Sres. C. Th. EUSTATHIADES y S. PETRÉN, delegados adjuntos.

4. Presentado el asunto al Tribunal, el Gobierno de Irlanda declaró, de conformidad con el artículo 21, párrafo 2, del Reglamento del Tribunal, que deseaba comparecer como parte en el proceso relativo a este asunto.

El Gobierno fue representado ante el Tribunal por el Sr. Th. WOODS, su agente, y después del fallecimiento de éste, en curso de instancia, por el Sr. Anthony O'KEEFFE, *Attorney-General*.

5. Iniciado el procedimiento, tanto el Gobierno de Irlanda como la Comisión plantearon varias excepciones preliminares y cuestiones de procedimiento. El Tribunal resolvió estas incidencias por auto de fecha 14 de noviembre de 1960.

6. Tras el canje de memorias, contramemorias y escritos, el Tribunal oyó, en audiencia pública del 7 al 11 de abril de 1961, al delegado principal de la Comisión y al *Attorney-General* del Gobierno de Irlanda.

II

7. Las cuestiones que el Tribunal había de decidir eran las siguientes :

- a) ¿Tenía fundamento el Gobierno de Irlanda para aplicar a G. R. LAWLESS, partícipe en las actividades del I.R.A., las disposiciones del artículo 17 del Convenio, concebido en los términos siguientes :

“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá interpretarse en el sentido de que reconozca a un Estado, a una agrupación o a un individuo, ningún derecho a realizar una actividad o efectuar un acto cuyo objeto sea destruir los derechos o libertades reconocidos por el presente Convenio o fijar a estos derechos y libertades límites más amplios que los previstos en él” ?

- b) ¿ Era incompatible la detención sin juicio de G. R. Lawless del 13 de julio al 11 de diciembre de 1957, en virtud del artículo 4 de la Ley de 1940 sobre actos contra la seguridad del Estado, con las obligaciones que incumbían al Gobierno según lo dispuesto en los artículos 5 y 6 del Convenio ?
- c) ¿ Era incompatible esta detención con las obligaciones que incumbían al Gobierno de Irlanda según lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio ?
- d) En el caso de que esta detención fuera considerada incompatible con las obligaciones que incumbían al Gobierno de Irlanda según lo dispuesto en los artículos 5 y 6 del Convenio, ¿ podría hallarse su base jurídica en el derecho de suspensión previsto en el artículo 15 del Convenio ? En virtud de este artículo, cualquier Alta Parte Contratante puede “en caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación . . . tomar medidas que suspendan las obligaciones previstas por el presente Convenio (salvo las mencionadas en el párrafo 2 del artículo 15), en la medida estricta en que la situación lo exija y siempre que tales medidas no se opongan a las demás obligaciones dimanantes del derecho internacional”. Sin embargo, un Estado que ejerza este derecho de suspensión habrá de informar plenamente al secretario general del Consejo de Europa acerca de las medidas tomadas y de los motivos a que obedecen (art. 15, párrafo 3).
- e) A la luz de lo que antecede, ¿ revelan los hechos establecidos que el Gobierno de Irlanda violó las obligaciones que le incumben según lo dispuesto en el Convenio y, en caso afirmativo, se debe una reparación a G. R. Lawless ?

8. En su auto de 1º de julio de 1961, el Tribunal decidió por unanimidad :

- a) Que, según lo dispuesto en el artículo 17, nadie puede prevalerse de las disposiciones del Convenio para realizar actos cuyo objeto sea destruir los derechos y libertades

en él reconocidos, pero que esta disposición, que tiene un efecto negativo, no puede privar a G. R. LAWLESS – que no se amparó en el Convenio para justificar o realizar actos contrarios a los derechos y libertades en él reconocidos – de los derechos fundamentales garantizados en virtud de los artículos 5 y 6;

- b) Que la detención, sin entrega a un juez, de G. R. LAWLESS del 13 de julio al 11 de diciembre de 1957 en virtud del artículo 4 de la Ley núm. 2 de 1940 (*Offences against the State (Amendment) Act 1940*) no era conforme a lo prescrito por el artículo 5 (párrafos 1 c) y 3)) del Convenio. Según estas disposiciones, toda persona con respecto a la cual “haya motivos fundados para creer que es necesario impedirle cometer un delito” sólo puede ser detenida o internada “para entregarla a la autoridad judicial competente”; “todo detenido o internado habrá de ser entregado inmediatamente a un juez y tendrá derecho a ser juzgado dentro de una demora razonable”;
- c) Que no había violación del artículo 7 del Convenio, por el que se niega la retroactividad de las penas, y por ello la detención de G. R. LAWLESS no podía considerarse como consecuencia de una condena en el sentido previsto en dicha disposición;
- d) Que el Gobierno de Irlanda estaba justificado al declarar que existía en la República de Irlanda durante el periodo de detención de G. R. LAWLESS un peligro público que amenazaba la vida de la nación;
que la detención sin juicio prevista por la Ley núm. 2 de 1940 parecía una medida estrictamente limitada a lo exigido por la situación, en el sentido previsto por el artículo 15 (párrafo 1º) del Convenio;
que, por lo demás, esta medida no estaba en pugna con las demás obligaciones que impone al Gobierno de Irlanda el derecho internacional,
y, por último, que la detención de G. R. LAWLESS del 13 de julio al 11 de diciembre de 1957 estaba basada en el derecho de suspensión ejercido en julio de 1957 por el Gobierno de Irlanda, de conformidad con el artículo 15 del Convenio;
- e) Que la comunicación dirigida por el Gobierno de Irlanda al secretario general del Consejo de Europa, el 20 de julio de 1957, acerca de las medidas por él tomadas, constituía una notificación suficiente a los efectos del artículo 15 (párrafo 3) del Convenio.

9. En consecuencia, el Tribunal decidió que los hechos establecidos no revelaban que el Gobierno de Irlanda hubiera violado las disposiciones del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y que, por lo tanto, no se planteaba la cuestión de resarcir daños a G. R. LAWLESS.

NOTA: Según lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento prescrito por la ley: . . . c) si ha sido detenido o internado con objeto de hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando hay razones fundadas para sospechar que ha cometido un delito . . . 3. Toda persona detenida o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1 c) del presente artículo, ha de ser entregada inmediatamente a un juez o a otro magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser liberada mientras se instruye el proceso."

Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 15 del mismo Convenio: "1. En caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante puede tomar medidas que suspendan las obligaciones previstas por el presente Convenio, en la medida estricta en que la situación lo exija y siempre que tales medidas no se opongan a las demás obligaciones dimanantes del derecho internacional." El párrafo 3 añade que el gobierno que haga uso de este derecho de suspensión ha de comunicar al secretario general del Consejo de Europa "las medidas tomadas y los motivos a que obedecen".

Así, pues, se han precisado muy claramente las condiciones de forma y de fondo a las que está subordinada la validez de una medida de internamiento administrativo.

En este caso concreto, el Gobierno de la República de Irlanda tomó, en 1957, una medida de internamiento administrativo contra G. R. Lawless, fundándose en la Ley de 1940 sobre actos contra la seguridad del Estado. La detención se prolongó durante seis meses, sin que Lawless fuera entregado a un juez y sin que se entablara contra él ningún procedimiento judicial: la detención era, pues, sin duda alguna, contraria a las disposiciones del artículo 5 del Convenio. Por consiguiente, la cuestión estribaba en saber si el Gobierno de Irlanda podía invocar las disposiciones del artículo 15. Al notificar la medida de internamiento al secretario general del Consejo de Europa, el Gobierno de Irlanda había cumplido las condiciones de forma previstas en el párrafo 3 de dicho artículo. Sin embargo, ¿se habían cumplido también las condiciones de fondo previstas en el párrafo 1º?

El Tribunal Europeo ha contestado en sentido afirmativo, pues, tras examinar los hechos de la causa, llegó a la conclusión de que, durante el periodo en que Lawless había estado detenido, el Gobierno de Irlanda podía pretender legítimamente que un peligro público amenazaba la vida de la nación, y que la medida tomada correspondía a lo requerido por la situación. No podemos reproducir íntegramente el texto de la sentencia por razones de espacio, pero consideramos conveniente citar la parte de la exposición de motivos relativa a la aplicación del artículo 15. La jurisprudencia del Tribunal sobre las condiciones de validez del internamiento administrativo queda definida muy claramente en relación con el asunto que le había sido presentado.

"Acerca de la cuestión de saber si la detención de G. R. Lawless estaba fundada, pese a lo dispuesto en los artículos 5 y 6

del Convenio, en el derecho de suspensión reconocido a las Altas Partes Contratantes en ciertas circunstancias excepcionales por el artículo 15 del Convenio . . .

“Considerando que, sin estar liberado del conjunto de los compromisos contraídos por lo dispuesto en el Convenio, el Gobierno de cualquier Alta Parte Contratante tiene el derecho, en caso de guerra o de peligro público que amenace la vida de la nación, a tomar medidas que suspendan las obligaciones previstas por el Convenio, salvo las definidas en el artículo 15, párrafo 2, siempre que tales medidas estén estrictamente limitadas a lo requerido por la situación y, por otra parte, no estén en contradicción con las demás obligaciones dimanantes del derecho internacional; que incumbe al Tribunal verificar si en el caso presente concurrían las condiciones enumeradas en el artículo 15 para el ejercicio del derecho excepcional de suspensión;

a) Acerca de la existencia de un peligro público que amenace la vida de la nación

*“Considerando que el Gobierno de Irlanda, por una Proclamación de 5 de julio de 1957, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 8 de julio de 1957, puso en vigor las atribuciones excepcionales que le confería la Ley de 1940 (*Offences against the State (Amendment) Act, 1940 – Part II*) “con objeto de garantizar el mantenimiento de la paz y del orden público” (*to secure the preservation of public peace and order*);*

“Considerando que, en el contexto general del artículo 15 del Convenio, el sentido normal y habitual de las palabras “en caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación” es lo bastante claro; que se refieren, en efecto, a una situación de crisis o peligro excepcional e inminente que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza para la vida organizada de la colectividad que compone el Estado; que, tras haber definido el sentido normal y habitual de este concepto, el Tribunal debe verificar si los hechos y circunstancias que condujeron al Gobierno de Irlanda a dictar la Proclamación del 1º de julio de 1957 están comprendidos dentro de este concepto; que el Tribunal, después de su examen, considera que así ocurrió; que la existencia en esa época de un “peligro público que amenazaba la vida de la nación” había podido ser determinada fundadamente por el Gobierno de Irlanda teniendo en cuenta la concurrencia de diversos elementos constitutivos, a saber: primero, el hecho de que existía en el territorio de la República de Irlanda un ejército secreto que actuaba al margen del orden constitucional y utilizaba la violencia para conseguir sus objetivos; segundo, el hecho de que este ejército actuaba igualmente fuera del territorio del Estado y comprometía así gravemente las

relaciones de la República de Irlanda con el país vecino; tercero, la agravación progresiva y alarmante de las actividades terroristas después del otoño de 1956 y durante todo el primer semestre de 1957;

“Considerando que, pese a la gravedad de las circunstancias, el Gobierno consiguió mantener, gracias a los medios que le ofrecía la legislación ordinaria, el funcionamiento casi normal de las instituciones públicas, pero que la emboscada homicida ocurrida en la noche del 3 al 4 de julio de 1957 en el territorio de Irlanda del Norte cerca de la frontera puso de manifiesto en vísperas del 12 de julio – fecha que, por razones históricas, es particularmente crítica para el mantenimiento de la paz y el orden público – el peligro inminente que pesaba sobre la nación debido a la persistencia de las actividades ilegales del Ejército Republicano Irlandés y de diversos elementos que actuaban de consuno con éste en Irlanda del Norte a partir del territorio de la República de Irlanda;

“Considerando, por último, que el Gobierno de Irlanda tenía motivos para declarar que existía en la República de Irlanda un peligro público que amenazaba la vida de la nación y, en consecuencia, tenía derecho a tomar, en consonancia con las disposiciones del artículo 15, párrafo primero, del Convenio, y a los efectos para los que se han previsto estas disposiciones, medidas que suspendían las obligaciones dimanantes del Convenio;

b) *Acerca de la cuestión de saber si las medidas que suspendían las obligaciones dimanantes del Convenio se tomaron “en la medida estricta en que la situación lo exija”*

“Considerando que, según el artículo 15, párrafo primero, una Alta Parte Contratante sólo puede suspender las obligaciones dimanantes del Convenio “en la medida estricta en que la situación lo exija”; que, por consiguiente, en este caso concreto, ha lugar a examinar si la puesta en vigor de la Parte II de la Ley de 1940 constituía una medida exigida estrictamente por el peligro existente en 1957;

“Considerando, sin embargo, que, a juicio del Tribunal, era evidente que la aplicación de la legislación ordinaria no había permitido contener en 1957 el creciente peligro que pesaba sobre la República de Irlanda; que el funcionamiento de los tribunales penales ordinarios, e incluso de los tribunales penales especiales o de los militares, no bastaba para restablecer la paz y el orden público; que, particularmente, la obtención de pruebas suficientes para condenar a las personas complicadas en las actividades del Ejército Republicano Irlandés y de sus grupos disidentes tropezaba con grandes dificultades debido al carácter militar y secreto de estos grupos, así como al temor que inspiraban a la población; que, por

desarrollarse principalmente en Irlanda del Norte las actividades de estos grupos, las desplegadas en la República de Irlanda se limitaban prácticamente a la preparación de los ataques armados efectuados allende la frontera, lo que constituía un elemento suplementario que entorpecía la obtención de pruebas suficientes; que, por último, el cierre completo de la frontera habría supuesto, para el conjunto de la población, repercusiones muy graves que habrían sobrepasado lo exigido por el estado de urgencia;

“Que, según resulta de lo que antecede, ninguna de las medidas mencionadas habría permitido atender de manera eficaz a la situación existente en Irlanda en 1957; que, en estas condiciones, la detención gubernativa – de la manera prevista por la Ley núm. 2 de 1940 – de individuos sospechosos de querer participar en empresas terroristas era, a pesar de su gravedad, una medida exigida por las circunstancias;

“*Considerando*, por otra parte, que la Ley núm. 2 de 1940 preveía cierto número de garantías establecidas con objeto de evitar abusos en la aplicación del régimen de detención gubernativa; que, de este modo, la aplicación de la Ley estaba sujeta a la fiscalización permanente del Parlamento, el cual no sólo recibía, a intervalos regulares, informaciones precisas sobre su ejecución, sino que podía igualmente derogar en cualquier momento, por una resolución, la Proclamación gubernamental que había puesto en vigor dicha Ley; que, además, la Ley núm. 2 de 1940 preveía la institución de una “comisión de detención” compuesta de tres miembros, comisión que el Gobierno puso efectivamente en funcionamiento y para la que nombró a un oficial de las Fuerzas de Defensa y a dos magistrados; que toda persona detenida en virtud de la Ley núm. 2 de 1940 podía presentar su caso a esa Comisión cuyo dictamen, de ser favorable a la liberación de la persona interesada, obligaba al Gobierno; que además, los tribunales ordinarios podían ordenar, a su vez, a la Comisión de detención que ejerciera sus funciones;

“Que, por último, inmediatamente después de la Proclamación que ponía en vigor las atribuciones de detención, el Gobierno anunció públicamente que liberaría a toda persona detenida que contrajera el compromiso de respetar la Constitución y la ley y de no dedicarse a actividades ilegales; que la redacción de este compromiso se modificó luego de manera tal que la persona detenida debía comprometerse simplemente a respetar la ley y abstenerse de realizar actividades contrarias a la Ley de 1940; que, inmediatamente después de su detención, se comunicaba a la persona detenida que sería liberada después de haber contraído el compromiso en cuestión; que, en un país democrático como Irlanda, la existencia de esta garantía de liberación reconocida públicamente por el Gobierno constituía para éste la obligación jurídica de liberar a todas las personas que hubieran contraído el compromiso en cuestión;

“Que, en consecuencia, la detención sin juicio tal como se preveía por la Ley de 1940, a reserva de las garantías antes citadas, tiene el carácter de medida estrictamente limitada a lo requerido por la situación, en el sentido previsto en el artículo 15 del Convenio.”

REVISTA DE LIBROS

Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant.
[París, A. Pedone, 1960; 561 páginas (obra colectiva).]

Con motivo del octogésimo aniversario del presidente Jules Basdevant, profesor honorario de la Facultad de Derecho de París, magistrado y ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, treinta y dos de sus colegas de las facultades de derecho francesas y extranjeras, de la Corte Internacional de Justicia y del Instituto de Derecho Internacional le ofrecieron como homenaje esta obra colectiva, en la que cada uno de ellos trata un tema concreto de derecho internacional público. En el prefacio, el profesor Charles Chaumont, de la universidad de Nancy, recuerda las fases de la carrera excepcionalmente brillante y fecunda del Sr. Basdevant en su triple actividad de profesor de la universidad de París, juriconsulto del Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia y magistrado de la Corte Internacional de Justicia. La obra reviste un gran interés porque ofrece una visión muy completa del derecho internacional contemporáneo desde el punto de vista de diversos sistemas jurídicos. Por desgracia, no podemos, en el marco limitado de un comentario bibliográfico, analizar cada uno de sus treinta y dos capítulos. Hemos de limitarnos a llamar la atención hacia los estudios que tratan de los problemas más generales del derecho internacional.

Muchos de ellos hacen objeto de un examen crítico las bases de esta disciplina. Así lo hace el profesor Emile Giraud, de la universidad de Lille, en su importante estudio sobre el *derecho positivo y sus relaciones con la filosofía y la política*, que resume lo esencial del positivismo jurídico del que el profesor Basdevant ha sido en Francia uno de los representantes más brillantes. Según el autor, el problema esencial del positivismo jurídico es situar en sus lugares respectivos la filosofía, entendida como conjunto de las aspiraciones de una sociedad determinada y que a este título domina el derecho, la política que condiciona el derecho a través de las instituciones, y el mismo derecho, entendido como conjunto de reglas que se aplican efectivamente en un medio y en un momento determinados. La función del jurista es interpretar el derecho positivo y aplicarlo; una teoría jurídica sólo tiene valor en la medida en que responda exactamente a este principio. Queda naturalmente desechada la idea de una "filosofía del derecho" o de un "derecho natural" intemporal y abstracto. El profesor Georges Scelle, de la universidad de París, trata de la *técnica del orden jurídico interestatal*. Subraya las contradicciones de un orden jurídico internacional

basado en la ficción de una multiplicidad de soberanías consideradas iguales y en el que, por este hecho, la aplicación de las reglas de derecho no puede garantizarse por un sistema de sanciones eficaces. Sin embargo, no puede negarse la existencia de un orden jurídico mundial y, en este plano, como en el de los grupos más modestos, los sujetos de derecho son siempre, en último análisis, los individuos, gobernantes y gobernados. Bajo la presión de las necesidades nacidas de relaciones interindividuales, se han creado las instituciones internacionales, desde las primeras uniones hasta la organización de las Naciones Unidas. Los gobernantes deben darse cuenta de que son sujetos de derecho detentadores de competencias individuales y no miembros privilegiados de una sociedad de príncipes. El profesor Charles Chaumont dedica un largo estudio a la *búsqueda del contenido irreductible del concepto de soberanía internacional del Estado*. Según la teoría clásica, la soberanía constituye el criterio del Estado. El autor pone de manifiesto el carácter artificial de este concepto; el concepto también incierto de la esfera reservada de atribuciones no puede aclarar su contenido. Si un Estado es irreductible en relación con otro, ello se debe a su infraestructura nacional y a la singularidad irreductible de la nación, entendida como voluntad de vida colectiva. El fin del Estado es afirmar y conservar la nación: "concebida de este modo, la soberanía equivale a la expresión internacional de la nación, de la que el Estado es la superestructura externa". Pone también en entredicho las concepciones tradicionales el Sr. C. Wilfred Jenks, subdirector general de la Organización Internacional del Trabajo, en su estudio titulado *The Will of the World Community as the Basis of Obligation in International Law*. Pone de relieve la insuficiencia de las diversas teorías en las que se ha pretendido basar el carácter obligatorio de las normas del derecho internacional y trata de superarlas basando estas normas en la voluntad de la colectividad mundial. Existe un derecho internacional porque ajustarse a esta voluntad colectiva hace que las reglas elaboradas siguiendo determinados procedimientos tengan un valor imperativo; por lo demás, estas normas han de adaptarse a las necesidades de un mundo en proceso de evolución. La idea de una colectividad mundial corresponde a una realidad concreta que trasciende la diversidad de naciones, y a las solidaridades que se afirman y multiplican. Por agudas que sean las tensiones que tienden a deshacerla, la colectividad mundial es una entidad lo bastante distinta de los Estados que la componen para ser una fuente autónoma de derecho. Este derecho tenderá, ante todo, al mantenimiento de la paz y a la protección de la seguridad y libertad de los individuos y las naciones. El profesor Henri Rolin, de la universidad de Bruselas, trata de hallar las condiciones de un *orden público realmente internacional*. Todo el mundo reconoce que el derecho internacional fija límites a la libertad de los Estados para concertar

entre ellos tratados que dan origen a obligaciones válidas. Existe, pues, un orden público internacional en la sociedad de los Estados, como existe en cada uno de ellos un orden público interno. No existe todavía jurisprudencia sobre esta materia, pero dos magistrados de la Corte Internacional de Justicia han afirmado con mucho vigor que la Corte no podría acordar su sanción a tratados incompatibles con este orden público o con las buenas costumbres. El Sr. S. B. Krylov, jurista soviético y magistrado de la Corte Internacional de Justicia, trata de la *codificación del derecho internacional*. Hace referencia a los trabajos realizados con carácter privado por el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional y, con carácter oficial, por la Sociedad de Naciones. Según lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta, las Naciones Unidas tienen por misión impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. La Comisión de Derecho Internacional ha elaborado ya quince informes, que se han presentado a la Sexta Comisión de la Asamblea. Por desgracia, ésta no ha aprobado todavía ninguno de ellos.

Otra serie de estudios versa sobre cuestiones clásicas del derecho internacional público. El profesor André Gros, jurisconsulto del Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia, en su artículo titulado *Entre dos Conferencias del derecho del mar* (las de 1958 y 1960), pasa revista a los hechos de las dos cuestiones que dejó en suspenso la primera de estas Conferencias: la extensión del mar territorial y el derecho de pesca exclusiva en la zona contigua. Subraya la falta de precedentes de la segunda cuestión, lo que hará necesario crear una regla de derecho original, y subraya también las dificultades creadas por las declaraciones unilaterales hechas por varios Estados entre las dos Conferencias. El profesor Jan-H. Verzijl, de la universidad de Amsterdam, trata, por su parte, del *derecho del mar en caso de sucesión de Estados*. El ingreso de nuevos Estados en la colectividad jurídica internacional confiere a esta cuestión una gran importancia práctica. Si bien la sucesión, por emancipación, de un Estado a la antigua potencia tutelar no plantea problemas por lo que se refiere al espacio marítimo propiamente dicho (mar territorial y plataforma continental), en lo concerniente a los tratados sobre el espacio marítimo la sucesión puede promover cuestiones delicadas. El profesor Erik Castrén, de la universidad de Helsinki, pasa revista a las soluciones aceptadas o propuestas actualmente sobre la *situación jurídica del espacio atmosférico*. Recuerda de qué manera, bajo la presión de las necesidades prácticas, se ha reconocido la soberanía de cada Estado sobre el espacio aéreo situado encima de su territorio en línea vertical; esta solución fue confirmada por los convenios de París de 1919 y de Chicago de 1944, así como por muchos tratados bilaterales. Esta soberanía implica que el Estado tiene el derecho de regular la circulación aérea por el espacio

nacional. Mientras la circulación aérea se efectuaba por las capas bajas de la atmósfera, no parecía haber interés en fijar un límite superior al espacio nacional. El lanzamiento de satélites y de proyectiles intercontinentales a partir de 1957 ha puesto de manifiesto nuevos aspectos del problema. Lo cierto es que ahora ingenios balísticos atraviesan las capas altas de la atmósfera y el espacio extra-atmosférico situados en línea vertical sobre territorios distintos del país desde el cual han sido lanzados. Sería absurdo aceptar que el espacio nacional se prolonga hasta el infinito. Por eso, es necesario fijar un límite superior y aceptar para las capas altas de la atmósfera una libertad igual a la de la alta mar. El autor propone que se fije el límite superior del "espacio aéreo territorial" a la altura de cincuenta kilómetros. El profesor Hildebrando Accioly, de la universidad de São Paulo, estudia la *guerra y la neutralidad en relación con el derecho de gentes contemporáneo*. Define el lugar de la neutralidad en el sistema de seguridad colectiva instituido por la Carta de la Naciones Unidas y llega a la conclusión de que la neutralidad puede existir incluso en caso de acción colectiva decidida por el Consejo de Seguridad. El profesor Maurice Bourquin, de la universidad de Ginebra, trata del *recurso a las negociaciones diplomáticas* como condición previa para la presentación de una controversia a la Corte Internacional de Justicia: esta cuestión se planteó ante la Corte en 1957 con motivo de la controversia indoportuguesa sobre los enclaves de Dadra y Nagar-Aveli. A juicio del autor, ni el Estatuto de la Corte, ni su jurisprudencia, ni la costumbre internacional, exigen que la negociación diplomática sea un requisito previo al recurso judicial. Sin embargo, la negociación puede ser necesaria para definir el objeto exacto del litigio y determinar los puntos de derecho sobre los que la Corte deberá pronunciarse. El profesor Hans Wehberg, también de Ginebra, compara el *carácter de las medidas coercitivas de la Sociedad de Naciones y de las Naciones Unidas*. Según el régimen del Pacto, la acción militar contra el agresor se decidía y ejecutaba individualmente por cada uno de los Estados Miembros. En cambio, según el régimen de la Carta, incumbe al Consejo de Seguridad verificar la existencia de una agresión y decidir la imposición de sanciones; hay, pues, una acción colectiva de las Naciones Unidas. El autor subraya que la medida coercitiva es una acción de policía que tiene por objeto restituir el derecho violado; no crea, pues, un estado de guerra. El profesor Paul Reuter, de la universidad de París, dedica un importante estudio a los *órganos subsidiarios de las organizaciones internacionales*. El autor pone de relieve la proliferación de estos órganos, tanto los que dependen de la organización de las Naciones Unidas (por ejemplo, los importantes órganos de asistencia que son el Organismo de Obras Públicas y Socorro, el Organismo de las Naciones Unidas para la Reconstrucción de Corea y el Fondo de las Naciones Unidas

para la Infancia), como los que dependen del Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, los organismos especializados y las organizaciones regionales, y los clasifica en tres grupos: 1) órganos de estudios, información y consulta; 2) órganos especializados en la solución pacífica de controversias, y 3) órganos de gestión encargados de recoger, administrar y distribuir bienes materiales. Por grande que sea su diversidad, estos órganos tienen caracteres comunes: 1) en cuanto a su creación, que depende de una decisión de la organización internacional y no de un acuerdo intergubernamental; 2) en cuanto a su función, que está delimitada por la de la organización, y 3) en cuanto a su forma, que mantiene su individualidad en el seno de la organización.

Este análisis sólo puede dar una idea somera del gran interés de esta obra, en la que se comparan los puntos de vista de los especialistas más autorizados del derecho internacional público contemporáneo.

PHILIPPE COMTE

World Peace Through World Law. Por Grenville Clark y Louis B. Sohn. [Cambridge, Harvard University Press, 1960. Segunda edición revisada, 387 páginas.] La edición francesa se ha publicado con el título *La Paix par le Droit mondial*; prefacio de P. Geouffre de la Pradelle. [París, Presses universitaires de France, 1961; 545 páginas.]

Grenville Clark ha ejercido con brillantez durante muchos años la abogacía en Nueva York y ha desempeñado funciones importantes en la administración pública durante las dos guerras mundiales. Louis B. Sohn llegó a los Estados Unidos en 1939 procedente de Polonia y enseña derecho internacional en la Facultad de Derecho de la universidad de Harvard. Su colaboración comenzó en 1945 cuando, algunos meses después de la Conferencia de San Francisco, Grenville Clark tuvo la iniciativa de reunir en Dublín (Nueva Hampshire) un grupo de juristas para realizar un estudio crítico de la Carta de las Naciones Unidas. Un gran número de internacionalistas preveía ya que la estructura y las atribuciones de las Naciones Unidas se adaptaban mal a la misión que se les había encomendado. Sin embargo, en un momento en que una corriente de opinión inspirada por Emery Reeves era partidaria de empezar de nuevo y reunir una asamblea constituyente mundial, Grenville Clark y el profesor Sohn se pusieron al frente de una tendencia menos radical que, tras aceptar la organización de las Naciones Unidas en su estado actual, preconiza su reforma dándole los medios mínimos que necesita para cumplir sus objetivos. En 1953 estos dos autores publicaron con el título *Peace Through Disarmament and Charter Revision* un

proyecto de revisión, artículo por artículo, de la Carta de San Francisco, al que añadieron un suplemento en 1956. Lo esencial de este proyecto ha sido recogido, habida cuenta de las observaciones y críticas de que había sido objeto y en una forma más perfeccionada, en la primera edición de la obra *World Peace Through World Law*, aparecida en 1958. La publicación reciente de una segunda edición revisada y de la traducción al francés nos ofrece la ocasión de referirnos a una obra cuya importancia ha sido subrayada ya por críticos autorizados.

Según los autores, el principio rector de la obra coincide con la declaración hecha por el presidente Eisenhower el 31 de octubre de 1956: "No habrá paz sin derecho". En otras palabras, las Naciones Unidas no conseguirán "preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra" sino en la medida en que exista un sistema coherente de normas de derecho aplicables a las naciones y a los individuos, que estén garantizadas por sanciones y prohíban el empleo o la amenaza de la violencia para resolver las controversias internacionales. Según la concepción tradicional de la soberanía estatal, la sumisión de un Estado a una regla de derecho supone por su parte un compromiso consensual; por otra parte, el Estado puede liberarse siempre de sus compromisos, por no existir un sistema de sanciones eficaces. Por consiguiente, los Sres. Clark y Sohn tratan de hallar una solución fuera del ámbito del derecho internacional clásico. Llegan así a proponer "la creación de instituciones que correspondan, en el plano mundial, a las que hacen respetar la ley y el orden en las comunidades locales y en los Estados" y con este fin prevén la posibilidad de transformar profundamente la estructura y las atribuciones de la organización de las Naciones Unidas para dar a ésta los poderes jurídicos y los medios materiales que le permitan cumplir su misión. Exponen los principios de esta reforma en una larga introducción. Seguidamente, examinan el texto de la Carta artículo por artículo y proponen las modificaciones de redacción en las que podría expresarse la reforma. Por último, dan, en siete anexos, el proyecto de los textos complementarios que se incorporarían a la Carta revisada. Por consiguiente, los autores no proponen que se sustituya por instituciones totalmente nuevas la organización mundial actual, sino que se introduzca en ésta el mínimo de modificaciones necesarias para realizar sus objetivos.

La idea fundamental del plan de reforma es conferir a las Naciones Unidas competencia legislativa en una esfera estrictamente limitada por lo demás a las cuestiones relativas al mantenimiento de la paz y de la seguridad de los Estados. Más concretamente, el plan prevé una jerarquía en tres instancias de normas jurídicas. 1) Las disposiciones fundamentales relativas al desarme, a la creación de una fuerza de policía permanente y al modo de solución de las controversias tendrían rango constitucional y figurarían en la Carta

y en algunos de sus anexos. 2) La Asamblea de las Naciones Unidas tendría atribuciones para dictar sobre las mismas materias leyes de aplicación. 3) En el ámbito de estas leyes, autoridades subordinadas a la Asamblea dictarían reglamentos que fijarían los detalles de su ejecución. Más allá de la esfera de estas atribuciones delegadas, los Estados Miembros conservarían la plenitud de su soberanía.

La institución de una "legalidad mundial" es la clave del sistema. Si se acepta el principio rector y si quiere aplicarse éste con eficacia, es necesario reformar profundamente toda la estructura de la organización.

1. Primer requisito de eficacia: la Asamblea de las Naciones Unidas ha de poder *aprobar las leyes de aplicación por mayoría*; ésta podría ser simple o calificada. Esta solución sólo será aceptable para los Estados Miembros si la Asamblea es una representación fiel y democrática de la colectividad mundial. De ello se desprenden las consecuencias siguientes: a) Todo Estado independiente ha de ser aceptado como Miembro de las Naciones Unidas a petición propia. b) El sistema actual, que atribuye un voto a todos los Estados Miembros de manera uniforme y sin tener en cuenta su importancia, sería evidentemente incompatible con un sistema de voto mayoritario. Los Estados han de tener en la Asamblea una representación que guarde relación con el volumen de su población. Cabe prever modalidades diversas de ponderación, y los autores prevén en todo caso un límite a la representación de los Estados con un mayor número de habitantes. c) El procedimiento para designar a los representantes en la Asamblea ha de basarse, por lo menos indirectamente y de ser posible directamente, en la elección por el pueblo.

2. Segundo requisito: la Asamblea ha de tener las *atribuciones jurídicas* que le permitan velar por la ejecución de las disposiciones de la Carta revisada y de las leyes que haya aprobado. Según el plan de reforma, la Carta revisada y el primero de sus anexos contendría un plan de desarme general, completo y fiscalizado, e incumbiría directamente a la Asamblea su ejecución. De ello se desprenden las consecuencias siguientes: a) El actual Consejo de Seguridad sería sustituido por un consejo ejecutivo, cuyos miembros nombraría la Asamblea, ante la que serían responsables. El Consejo Económico y Social y el Consejo de Administración Fiduciaria serían modificados a su vez. b) Las leyes aprobadas por la Asamblea, así como las disposiciones constitucionales de la Carta y los reglamentos de aplicación, serían obligatorios no sólo para los Estados, sino también para los individuos; éstos podrían ser procesados por violación de la "legalidad mundial" ante los tribunales regionales de las Naciones Unidas.

3. Tercer requisito: la Asamblea ha de tener los *medios materiales* que le permitan garantizar, en caso necesario mediante coacción, la ejecución de las disposiciones constitucionales, legislativas y reglamentarias sobre el mantenimiento de la paz y de la seguridad. El plan de reforma prevé a este objeto la creación: a) de un servicio de inspección encargado de vigilar la ejecución del plan de desarme; b) de una fuerza de policía mundial, cuyo despliegue estaría sincronizado con la realización por etapas del plan de desarme. El servicio de inspección y la fuerza de policía dependerían del consejo ejecutivo, que dependería a su vez de la Asamblea.

De manera paralela a estas medidas, cuyo objetivo común es prohibir jurídica y materialmente el recurso a la fuerza, el plan de reforma prevé un sistema muy completo para la solución pacífica de controversias. a) La Corte Internacional de Justicia seguiría siendo competente para resolver las controversias de carácter jurídico; su jurisdicción sería obligatoria para todos los Estados Miembros. b) Las controversias de carácter político se plantearían obligatoriamente ante un tribunal mundial de equidad, que sólo podría formular recomendaciones a las partes interesadas. c) Por último, éstas podrían, antes de presentar la controversia a uno u otro de estos tribunales, someterla a un órgano mundial de conciliación que interpondría su mediación.

Sólo hemos podido describir a grandes rasgos el plan de reforma de los Sres. Clark y Sohn. No hemos podido examinar algunas de sus disposiciones complementarias, como las relativas al desarrollo económico y a su financiamiento gracias a los recursos liberados por el desarme. Desde que en 1958 se publicó en los Estados Unidos la primera edición de la obra, la *American Bar Association* subrayó la importancia de ese estudio para establecer un régimen de legalidad en las relaciones entre Estados. Además de su versión francesa, la segunda edición ha sido o será traducida al alemán, español,¹ neerlandés, noruego, ruso y sueco; se publicará un resumen en árabe, chino, italiano y japonés. Es de esperar que esta difusión excepcional se traduzca en frutos y haga reflexionar sobre la necesidad de adaptar la organización de las Naciones Unidas a sus funciones.

En su prefacio a la edición francesa, el profesor Paul Geouffre de la Pradelle subraya con mucho acierto que "no puede eludirse por más tiempo el problema de la reforma de los órganos de las Naciones Unidas". Al cabo de diez años de reflexiones y de estudios, los autores han elaborado por primera vez un plan completo de reforma. Sin duda, el sistema sin lagunas que nos ofrecen suscitará en muchos espíritus una reacción de escepticismo. Se dirá que este armonioso edificio adolece del defecto de haber sido construido en

¹ La versión española: *La Paz por el Derecho Mundial* ha sido publicada por la editorial Bosch, Barcelona, 1961.

forma abstracta. Sin embargo, puede responderse que la utopía es una cuestión de fechas: hace algunos decenios habría parecido igualmente utópico prever que el Alto Volta, Birmania o Chipre serían un día Estados soberanos. Demasiado a menudo se lanza a los juristas el reproche de estar retrasados con respecto a la historia; por eso, elogiamos a los autores de esta obra por haberse distanciado y, tal vez, anticipado a los acontecimientos y haber abierto así el camino a nuevas soluciones.

P. C.

Les libertés publiques. Por Georges Burdeau. [París, Pichon y Durand-Auzias, 1961. Segunda edición, 388 páginas. 34 francos nuevos.]

Nuestros lectores conocen bien al profesor Georges Burdeau, de la Facultad de Derecho de París. Sus muchas obras y, sobre todo, su monumental *Traité de science politique* le han situado en primer plano entre los teóricos del derecho público; su activa participación en el Congreso de Nueva Delhi y en la Conferencia de Lagos nos autoriza a considerarle como amigo de la Comisión Internacional de Juristas. Su obra sobre las *libertades públicas*, cuya segunda edición totalmente refundida acaba de aparecer, se presenta modestamente como un manual de estudio, pero su alcance es mucho mayor. En forma condensada y con un estilo elegante y claro, el autor nos ofrece, por una parte, un análisis original de los conceptos de libertad política y de derechos individuales y, por otra, una síntesis de las normas del derecho positivo francés en materia de protección y regulación de las libertades públicas. Por eso, la obra se divide en dos partes, de extensión desigual, y tiene también un interés tanto teórico como práctico y utilidad como instrumento de cultura y como colección de datos.

En la primera parte, el profesor Burdeau considera la libertad como un elemento de la naturaleza humana y plantea el doble problema de su integración en el orden social y su protección. La libertad individual supone, en primer lugar, que el bien del individuo es considerado como el fin último del derecho; el individuo es, por otra parte, inseparable de su contexto social. La libertad puede considerarse desde dos aspectos: como falta de coacción ("libertad-autonomía") y como posibilidad de participar en el establecimiento del ordenamiento jurídico ("libertad-participación"). En este último sentido puede hablarse de libertad "política", que implica la pertenencia a una colectividad libre. La libertad pierde su carácter individual y "se convierte en libertad colectiva" (pág. 12). En esta concepción, el sujeto de los "derechos humanos" es "el hombre concreto, definido, no por su esencia o su pertenencia a un tipo abstracto, sino por las particularidades que debe a la situación en que se

encuentra"; es el "hombre situado" (pág. 19). Los derechos individuales dejan de ser una garantía del individuo contra el Estado para convertirse en un conjunto de medios que le permiten colaborar en la gestión de los asuntos de la colectividad y adquirir derecho a prestaciones positivas. La conciliación entre libertad y reglamentación se efectúa dentro del régimen democrático, a reserva del delicado equilibrio que ha de establecerse entre la concepción tradicional de la democracia política y la nueva concepción de la democracia social. El estudio de los límites del poder de reglamentación lleva al autor a exponer las soluciones del derecho francés sobre las atribuciones de la policía en época de crisis. El profesor Burdeau aborda seguidamente el problema de la protección de la libertad y considera que la limitación del Estado por el derecho es una consecuencia de la naturaleza del poder político. El Estado, como todo poder, "es tributario de una idea de derecho que le inspira y legítima su acción" y las decisiones de los gobernantes sólo tienen valor jurídico "en la medida en que respondan a la idea de derecho en que se basen" (pág. 54). La protección de la libertad se basa, pues, esencialmente, en un conjunto de garantías cuyo objeto es conseguir que las decisiones tomadas por los gobernantes de todas las categorías se ajusten a la idea de derecho de la que derivan sus atribuciones. El autor da una descripción sistemática de las garantías que sirven para sancionar las violaciones del derecho por la administración y por el legislador.

La segunda parte de la obra, que ocupa casi 300 páginas, versa sobre los "derechos y libertades de los ciudadanos" en derecho positivo francés, según una clasificación muy racional entre: 1) las *libertades de la persona física*, 2) *el Estado y los grupos* (libertades de reunión y de asociación), 3) *la libertad de pensamiento* y 4) *los derechos económicos y sociales*. Es imposible resumir el contenido de los capítulos que componen cada una de estas cuatro partes. El autor presenta una síntesis de las normas jurídicas que rigen la protección y la reglamentación de las libertades públicas y se ocupa así de las esferas más diversas del derecho penal, del procedimiento penal, del derecho administrativo, del derecho civil y del derecho social; las soluciones del derecho positivo se presentan en su contexto histórico y sociológico y el análisis de la legislación queda completado por el de jurisprudencia administrativa y judicial. La obra nos ofrece así una visión muy completa y clara de las disposiciones del derecho francés sobre gran número de cuestiones de importancia teórica y práctica de plena actualidad. Conviene aludir en particular, en el capítulo sobre la seguridad individual, a los párrafos sobre la independencia de la magistratura, la detención preventiva en el procedimiento penal y el internamiento administrativo; en el capítulo sobre la libertad de asociación, al estudio del régimen de las congregaciones religiosas y al análisis de

las relaciones entre los grupos, el individuo y el Estado; y en el capítulo sobre la libertad de opinión, a las consideraciones sobre la obligación de lealtad por los funcionarios y sus límites. El régimen de la prensa se examina en un capítulo importante, en el que tiene un interés particular el análisis de los "datos contemporáneos" (técnicos, económicos, sociales y legales) del problema de la prensa. Por otra parte, el autor examina a fondo la significación, el alcance y los límites de la libertad de enseñanza y trata desde esta perspectiva de la ayuda a la enseñanza privada. El régimen de cultos es objeto de un examen muy completo en relación con el estudio sobre la libertad religiosa. La parte relativa a los derechos sociales y económicos empieza con un análisis del mayor interés sobre el concepto de derecho social, su contenido y su posición en el orden jurídico; los derechos sociales tienden "a liberar a los trabajadores de las coacciones de toda clase relacionadas con su dependencia económica" (pág. 310). Exigen una intervención positiva por parte del Estado y añaden al contenido político de la democracia un contenido social. Muy lejos de ser incompatibles con la libertad, la revalorizan y confieren a los derechos políticos su finalidad esencial; de modo paralelo, en los países en que subsiste la libertad económica, se trata de una libertad vigilada y orientada. Por último, subrayaremos, en el capítulo sobre los derechos económicos, el análisis de la evolución del derecho de propiedad hacia una concepción social que lo subordina a las exigencias del interés colectivo: "el fundamento de la propiedad es inseparable de la consideración de su empleo, es decir, de su finalidad" (pág. 342); la empresa privada, al integrarse en una economía planificada, está asociada desde muchos puntos de vista al desempeño de funciones públicas.

Se advierte en el conjunto de la obra la preocupación constante por hallar un punto de equilibrio entre el respeto de las libertades y las necesidades del orden social. La búsqueda de este equilibrio no puede efectuarse por medio de soluciones rígidas y el autor concluye: "Nuestras libertades públicas tradicionales nacieron en el régimen liberal más democrático y absoluto porque el Estado ponía todo su poderío al servicio de la libertad. La cuestión es ahora saber cómo podrán transformarse las libertades previstas para el hombre solo a fin de subsistir en una sociedad que quiere ejercer su tutela sobre todos" (pág. 372).

P. C.

Essays in African Law. Por Antony Allott, M.A., Ph. D., profesor de derecho africano en la Escuela de Estudios Orientales y Africanos de la universidad de Londres. [Londres, Butterworth & Co. Ltd.; 323 páginas, índice de materias e índice de casos. Precio: 42 chelines y 6 peniques.]

Estos ensayos del profesor Allott son los primeros de una nueva serie editada por Butterworth sobre el derecho africano. En esta

época en que la escena política africana cambia con rapidez, ha de acogerse con agrado un libro que acrecienta nuestros conocimientos en materia de derecho africano. La editorial Butterworth merece ser felicitada por haber tenido la iniciativa de publicar esta serie y por haber escogido a un autor cuya obra admirable marca un buen comienzo.

Varios de estos ensayos han aparecido en revistas jurídicas o se basan en artículos ya publicados. Ahora bien, no hay duda de que esta colección de ensayos mejora al ser presentada en un volumen. El lector advierte pronto que el profesor Allott está justificado al decir (como lo hace en el prefacio) que "un tema común inspira toda la obra". En pocas palabras, ese tema es la influencia del derecho inglés sobre el derecho consuetudinario de las países africanos y, en especial, el de Ghana. Es comprensible, pues, que estos ensayos abarquen sólo a los países africanos con antecedentes jurídicos comunes.

La primera parte del libro es la introducción que ha de preceder al examen ulterior de ciertos aspectos del derecho consuetudinario. Se describe al principio de qué manera el derecho inglés se introdujo en algunas partes de África y de qué manera las decisiones de los tribunales ingleses han sentado autoridad en los países africanos con un legado jurídico común.

La segunda parte es un estudio crítico de la situación del derecho consuetudinario africano, que contiene un cúmulo de detalles interesantísimos para el estudioso del derecho africano. El profesor Allott llega a la conclusión de que "no hay un derecho africano general y universal; hay, más bien, un número limitado de tipos de características, actitudes y procedimientos jurídicos".

En la tercera parte, la última, el autor examina ciertos sectores del derecho consuetudinario y presta especial atención al derecho consuetudinario de Ghana. Son objeto de análisis algunos aspectos de las leyes sobre bienes raíces, junto con los documentos escritos utilizados por los africanos para las transacciones de tierras, la celebración de matrimonios y el traspaso de la propiedad. El autor trata en varias ocasiones del conflicto *interno* de los problemas jurídicos. El derecho internacional privado suele versar sobre el conflicto externo de las cuestiones jurídicas, pero en los países africanos el juez ha de decidir a menudo cuál es, entre los diversos sistemas jurídicos del país, el que va a aplicar. Por ejemplo, ¿aplicará el derecho inglés, el consuetudinario o el islámico?

En un interesante capítulo sobre la evolución de los tribunales de Ghana, quizá sorprenda a muchos lectores saber que los tribunales consuetudinarios sólo fueron objeto de vastas reformas hace relativamente poco tiempo. Por ejemplo, hasta 1939 los honorarios y multas recaudados por los tribunales consuetudinarios eran percibidos personalmente por los miembros del tribunal. No fue

sino hasta la promulgación de la Ley sobre tribunales locales de 1958 que se extendió de manera universal la jurisdicción de los tribunales consuetudinarios; con anterioridad sólo les estaban sujetas las personas de raza africana.

No quedaría completo un comentario sobre este libro si no mencionáramos el amplio uso que el profesor Allott hace de las decisiones de los tribunales, desde los recursos ante el Consejo Privado hasta las decisiones no publicadas de los tribunales consuetudinarios.

Estos ensayos contribuirán a aumentar mucho nuestra comprensión del derecho africano y su evolución a la par del sistema jurídico británico. Esperamos con interés la publicación dentro de esta serie de otros libros sobre diversos países del Africa tropical.

A. A. DE COURCY HUNTER

Justice According to the English Common Lawyers. Por F. E. Dowrick. [Londres, Butterworth & Co. Ltd. 1961; 261 páginas; 27 chelines y 6 peniques.]

El autor es demasiado modesto al manifestar que este libro está destinado "primordialmente a los que han estudiado derecho inglés sólo durante un año o dos". Este libro será de gran interés no sólo para los estudiantes, sino también para el profesional experimentado. El Sr. Dowrick ha conseguido un éxito allí donde muchos han fracasado: sabe definir, desde todos los puntos de vista, el concepto de "justicia". Su libro está a medio camino entre el tratado filosófico y el manual jurídico. Presenta la doble ventaja de contener una masa de informaciones y de estimular al lector a que reflexione sobre la idea de "justicia", concepto que muchos abogados utilizan durante toda su vida sin examinar su compleja significación filosófica.

El autor, F. E. Dowrick, maestro en Artes de Oxford, abogado del Inner Temple, es miembro del Trinity College y profesor de derecho de la universidad de Dublín. Por consiguiente, es lógico que examine el tema según los criterios jurídicos anglosajones. Para el Sr. Dowrick, la expresión "juristas anglosajones" comprende a los que han estudiado derecho y ejercido la abogacía en Inglaterra. Examina la profesión jurídica anglosajona en contraste, sobre todo, con la de los juristas continentales, esto es, los abogados que siguen el derecho romano antiguo o moderno y los que siguen el derecho canónico. Esta definición precisa del punto de vista del autor es especialmente útil para los lectores que sean juristas continentales y que, por consiguiente, sólo tendrán una idea vaga del sistema jurídico inglés.

El libro del Sr. Dowrick está dividido en siete capítulos principales. Cada uno versa sobre un aspecto particular del concepto de "justicia". Los siete aspectos de la justicia que el autor distingue son: la justicia entendida como administración de justicia, la justicia como juicio equitativo, la justicia natural, la justicia moral, la utilidad individual, la justicia social y la justicia legal. Algún lector quizá no estará de acuerdo con esta distinción por considerarla demasiado esquemática. En particular, es difícil ver por qué el Sr. Dowrick trata en capítulos independientes los conceptos de justicia moral y de justicia natural, tanto más cuanto que, como el mismo autor acepta, ambas expresiones derivan de la doctrina de Aristóteles (tal como se expone especialmente en la *Ética a Nicómaco*) sobre la justicia como valor absoluto. De hecho, el concepto de justicia moral que expone el Sr. Dowrick está totalmente contenido en el concepto tradicional de derecho natural, tal como se expone en las obras *De Re Publica* y *De Legibus* de Cicerón. El Sr. Dowrick se refiere también a estas fuentes. Por consiguiente, no se comprende por qué, a juicio del autor, la justicia moral es un concepto distinto de la justicia natural, dado que los dos son de hecho sinónimos.

Para el lector, particularmente si es un jurista continental, merece especial atención el capítulo II, que trata desde un punto de vista muy pragmático de la administración de justicia. En la página 17 el autor define este aspecto de la justicia en los términos siguientes:

La justicia implica la celebración de trámites en tribunales, ante un juez o ante un juez o un jurado, en los que se juzga a una persona por supuestos actos punibles por los que se incurre en penas o en el pago de indemnizaciones. Concebida de este modo, la justicia no es más que adjudicación, arbitraje, solución judicial de desórdenes públicos y de conflictos privados. Por ello, es la alternativa relativamente civilizada cuyo objeto es impedir que los desórdenes se multipliquen y que las injurias privadas sean reparadas por actos de violencia individuales. En este sentido, la justicia es apenas un valor ético, sino que es más bien un servicio público cuyo fin es hacer efectiva la utilidad política del orden social. Desde este punto de vista, "justicia" es sinónimo de "poder judicial".

A pesar de que el Sr. Dowrick no muestra preferencia alguna por cualquiera de las siete definiciones de justicia, parecerá al lector que la citada es la más convincente de todas.

JEAN ZIEGLER

Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'homme, 1958—1959. Por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. [La Haya, Martinus Nijhoff, 1960; 684 páginas.]

Hemos dado cuenta en un número anterior de la *Revista* (vol. II, núm. 2, págs. 260 y 261) del primer volumen de este Anuario, publicado en octubre de 1959 con el título *Commission européenne des Droits de l'homme, Documents et décisions*, y relativo a los años 1955 a 1957. El presente volumen versa sobre los años 1958 a 1959. La institución en 1959 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo necesario modificar tanto el título como el alcance de la obra, que comprende ahora los principales documentos e informaciones sobre el Tribunal, así como sobre la Comisión. Este volumen se divide en tres partes. La primera contiene los textos fundamentales sobre la aplicación de la Convención (capítulo I), los textos sobre la competencia y el funcionamiento de la Comisión (capítulo II) y del Tribunal (capítulo III) y una descripción de las labores de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en la esfera de los derechos humanos y de los hechos más sobresalientes a que ha dado lugar la aplicación de la Convención. Contiene, en particular, el Reglamento del Tribunal, que fija los detalles de su organización, funcionamiento y procedimiento, y las declaraciones hechas por diversos Estados Miembros al aceptar la competencia de la Comisión o del Tribunal. La segunda parte contiene una selección de las decisiones tomadas por la Comisión en el curso de los dos años objeto de estudio. Durante este periodo, se han presentado a la Comisión 329 peticiones, tres de las cuales han sido declaradas admisibles. Las decisiones seleccionadas — unas veinte — se reproducen en orden cronológico. La última sección consiste en un sumario de las decisiones que figuran en este volumen y en el precedente. Esta parte es la más interesante para un jurista: constituye, en la esfera concreta de la protección de los derechos humanos, un verdadero repertorio de jurisprudencia internacional. Por último, en la tercera parte se examina la Convención en relación con el orden interno de los Estados Miembros del Consejo de Europa. Figuran en ella extractos de textos legislativos y de actas de debates parlamentarios (capítulo I) y una selección de las decisiones judiciales tomadas por los tribunales internos para la interpretación y aplicación de la Convención.

P. C.

Rapports généraux au Vème Congrès international de droit comparé. [Bruselas, Emile Bruylant, 1960. 2 volúmenes, 948 páginas, 1.200 francos belgas.]

La Academia Internacional de Derecho Comparado celebró su quinto Congreso en Bruselas del 4 al 9 de agosto de 1958. Se habían

preparado más de 400 informes especiales que sirvieron de base para los 44 informes generales presentados a las diversas comisiones del Congreso. Estos estudios de síntesis se reproducen en los dos volúmenes publicados por el Centro Interuniversitario de Derecho Comparado bajo la dirección del Sr. Jean Limpens, profesor de las universidades de Gante y de Bruselas. Es imposible resumir en unas pocas páginas el contenido de los 44 informes presentados, que tratan de las disciplinas más diversas: historia del derecho, sociología jurídica, derecho civil, derecho internacional privado, procedimiento civil, derecho rural, derecho mercantil, propiedad intelectual, derecho del trabajo, derecho aéreo, derecho público, derecho penal y derecho internacional público. Participaron en los trabajos preparatorios juristas de cuarenta países, lo que da una idea de la importancia de esta reunión, tanto por la extensión de la esfera cubierta como por la diversidad de los sistemas jurídicos en ella representados.

El informe del profesor Ganshof van der Meersch sobre la *seguridad del Estado y la libertad individual en derecho comparado*, que es con mucho la ponencia más importante y que ocupa 160 páginas de la obra, ha sido publicada aparte; es objeto de comentario más adelante en esta *Revista*.

Algunos estudios merecen ser objeto de atención especial, pues tratan, en su conjunto o en forma concisa, de temas que revisten una gran importancia teórica y práctica. Tales son los estudios del Sr. H. V. Velidedeoglu sobre el proceso de codificación en los países musulmanes, del Sr. René Piret sobre la responsabilidad sin culpa, del Sr. A. de Cossío sobre la equiparación de la condición jurídica de los cónyuges y del Sr. Michel Eliescu sobre la responsabilidad civil en derecho aéreo.

Es interesante observar, en muchas ponencias, que existe una tendencia favorable a la unificación de las legislaciones internas en ciertas esferas que se prestan especialmente a ello. El Sr. Jean Limpens pone de manifiesto de qué manera el estudio del derecho comparado puede facilitar el hallazgo de las materias susceptibles de unificación; algunos sectores de derecho se prestan más que otros a la unificación, por ejemplo, el derecho de los transportes por mar y por aire, el derecho cambiario, la propiedad intelectual e industrial, el derecho del trabajo y el de obligaciones. El Sr. Ake Malmström trata precisamente de uno de estos sectores de menor resistencia: el de los derechos de autor; analiza el Convenio Universal para la protección de los derechos de autor, preparado por la UNESCO, firmado en Ginebra en 1952 y puesto en vigor en 1956, y hace ver cómo este instrumento marca un progreso hacia la unidad del derecho. El Sr. Niceto Alcalá-Zamora estudia, por su parte, la importante cuestión de la ejecución de las sentencias arbitrales en derecho internacional privado, que ha sido examinada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, subraya la

necesidad de proseguir los esfuerzos con objeto de llegar a una reglamentación única y menciona los proyectos elaborados a este objeto. El Sr. Giangastone Bolla hace notar que la Comunidad Económica Europea, instituida por el Tratado de Roma de 1957, tendrá por efecto armonizar y unificar las legislaciones nacionales sobre los bienes raíces, los contratos relativos a la explotación de los bienes rurales, el régimen fiscal y sucesorio y las reformas agrarias. El Sr. Ludwik Ehrlich analiza los trabajos realizados por iniciativa de las Naciones Unidas para llegar a una codificación internacional del derecho marítimo: aguas territoriales e interiores, alta mar, zona contigua y plataforma continental.

Otros informes (además del del profesor Ganshof van der Meersch) tratan de cuestiones directamente relacionadas con la protección de los derechos individuales. El Sr. Marcel Vauthier estudia un aspecto importante de la situación de los particulares respecto a la administración: el derecho a la ejecución forzada sobre los bienes de las colectividades públicas. El Sr. Oliver Schroeder Jr. presenta el informe general sobre una cuestión de gran actualidad en procedimiento penal: la utilización de medios científicos de investigación y la protección de los derechos del acusado: su estudio es una síntesis de diecisiete informes particulares, cuyas conclusiones concuerdan de manera notable sobre ciertos principios fundamentales: el derecho para la justicia penal de recurrir a medios de investigación científica para el esclarecimiento de la verdad; la limitación de este derecho por la obligación de respetar la dignidad de la persona, y el reconocimiento, por encima de la diversidad de los sistemas jurídicos, de las garantías protectoras de los derechos del acusado (*procedural due process of law*). El Sr. Marc Ancel trata de las sanciones en la esfera muy especial del derecho penal económico, que es "la proyección penal de la política moderna de planeamiento" y recurre, al margen de las sanciones penales clásicas, a sanciones administrativas; el autor reconoce la legitimidad de una suavización de las normas tradicionales, particularmente en cuanto concierne a la responsabilidad de las personas morales, pero subraya el peligro que puede encerrar el que la legislación penal económica se aparte de las normas del derecho penal común.

P.C.

Securité de l'Etat et Liberté individuelle en Droit comparé. Por W. J. Ganshof van der Meersch. [Bruselas, Emile Bruylant, 1960.]

Como decimos más arriba, el informe general del profesor Ganshof van der Meersch sobre la *seguridad del Estado y la libertad individual en derecho comparado* es, con mucho, la más importante de las ponencias que se presentaron al quinto Congreso

Internacional de Derecho Comparado celebrado en Bruselas en agosto de 1958. Por eso, ha sido editado como obra independiente. Se basa en la documentación contenida en los informes generales sobre dieciseis países de Europa, Asia y América. El autor ha completado esta documentación con un análisis de las legislaciones de países como la República Federal de Alemania, Italia, los Países Bajos y Suiza, sobre las que no se había elaborado un informe particular. El alcance del estudio coincide, pues, con el del mismo tema. Se observa sólo que falta toda referencia a la legislación de los países socialistas o de democracia popular: la comparación se limita, pues, a las legislaciones inspiradas en el derecho escrito tradicional y a las que derivan del sistema jurídico británico.

El título de la obra recuerda el tema de la Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley, celebrada en Lagos. La selección de los temas tratados responde a la preocupación común de hallar el punto de equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y las exigencias de la estabilidad y eficacia de las instituciones gubernamentales. Según el autor, el principio de la democracia tradicional es el de que "los gobernados pueden hacer todo lo que no les prohíba la ley y los gobernantes sólo pueden hacer lo que la ley les autorice". Naturalmente, el gobernante o el agente detentador del poder tienden a abusar de él, lo que da lugar a un conflicto permanente entre el individuo y el Estado. El Estado de derecho se caracteriza por el hecho de que la autoridad pública fije por la ley límites a su propia actuación a fin de garantizar la libertad del individuo. Por otra parte, en la democracia tradicional, los gobernados quedan asociados al ejercicio del poder, de suerte que los que ejercen la autoridad legislativa, designados por voto popular directo o indirecto, pueden ser considerados como mandatarios de la nación.

Con mucho acierto, el autor describe en primer lugar las garantías supranacionales de las libertades individuales. Por desgracia, la Declaración Universal aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 carece de fuerza legal; en cambio, la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmada en Roma en 1950 obliga a los Estados europeos que la han ratificado. En la esfera nacional, el equilibrio entre la seguridad del Estado y las libertades del individuo ha de buscarse en las normas constitucionales que organizan los poderes del Estado y en las normas de organización y procedimiento de los tribunales. El principio del imperio de la ley (*Rule of Law*) deriva de dos ideas: "1. Todo poder emana del derecho y está sujeto al derecho. 2. El derecho se funda, por su parte, en el principio del respeto a la persona humana." Algunos han creído que esta coincidencia del poder y del derecho está garantizada por la soberanía de la ley formulada por un parlamento emanado de la representación popular, pero en la actualidad nadie cree ya que

la ley sea la expresión de la voluntad general y las asambleas atribuyen cada vez más a los gobiernos la iniciativa y la elaboración de los textos legislativos. Básicamente, la garantía de las libertades reposa, pues, en la interposición de recursos judiciales que permiten impugnar la legalidad de los actos de la administración y poner en entredicho la responsabilidad de la autoridad pública. Estos recursos serán eficaces si el juez es independiente con respecto a los gobernantes.

El principio de la jerarquía de los actos jurídicos, en particular la supremacía de la constitución en relación con la ley y de la ley en relación con los actos reglamentarios e individuales de la administración, constituye la base de la fiscalización judicial; implica que el Estado se somete al imperio de la ley y es, por consiguiente, una de las garantías esenciales de las libertades individuales. El autor dedica un extenso capítulo a la ley, estudiada desde el punto de vista de la protección del individuo. Describe los diversos sistemas utilizados para verificar el ajustamiento entre la ley y la constitución y subraya en particular la importancia de la revisión judicial en los Estados Unidos, la influencia decisiva ejercida por el Tribunal Supremo en la lucha contra las discriminaciones raciales y el alcance de la garantía constitucional de *due process of law*. La función del poder judicial para la protección de las libertades es también muy importante en la mayoría de los Estados asiáticos recientemente emancipados, cuyos sistemas jurídicos derivan del británico. En Inglaterra no existe la revisión constitucional; la soberanía del Parlamento no está limitada por una constitución rígida, sino que está equilibrada por la gran autoridad del poder judicial, que se manifiesta particularmente en el procedimiento del *habeas corpus* y en la elaboración del *Common Law*. Dado que el poder legislativo es la representación directa de los gobernados, la restricción de los derechos individuales sólo puede ser obra de la ley, dentro de los límites fijados por la constitución: la obra contiene una visión panorámica de las limitaciones impuestas por la mayoría de las legislaciones, en aras del orden público, a la libertad individual y a las libertades de opinión, expresión, asociación y reunión; se advertirá que, en algunos países, plantea problemas delicados la prohibición de determinados partidos.

Los dos últimos capítulos versan sobre cuestiones que fueron examinadas extensamente en el Congreso de Nueva Delhi y en la Conferencia de Lagos: la legislación delegada y el estado de excepción. El autor subraya cuán interesante es relacionar estas dos cuestiones. La legislación elaborada por el Ejecutivo supone para la libertad individual una amenaza mucho más grave que la ley aprobada por una asamblea parlamentaria; esta transferencia de atribuciones sólo debe aceptarse si está justificada por un "estado de necesidad". De hecho, en algunos países, como Francia y los Países

Bajos, la legislación por decreto tiende a convertirse en el sistema normal de legislar. El problema reviste un aspecto muy particular en Inglaterra, en cuyo país la delegación legislativa se basa en una tradición muy antigua y es objeto de vigilancia atenta por el Parlamento y los tribunales. Por otra parte, la seguridad del Estado y el bien de la nación quizá hagan necesario, en determinadas circunstancias, suspender o restringir la garantía de las libertades individuales. En tal caso, es necesario que la declaración del estado de excepción esté subordinada por su parte a ciertas garantías y es conveniente que las atribuciones respectivas del Ejecutivo y del Parlamento estén previstas por la constitución, que la supresión de las libertades tenga una duración limitada y que las circunstancias que la autoricen sean apreciadas según criterios objetivos.

El autor concluye diciendo que el sistema de la democracia tradicional "reconoce y garantiza, en relación con la soberanía de la nación que se expresa en la soberanía de la ley, una zona de soberanía individual". El autor trata de definir los límites de esta soberanía individual a la luz del estudio comparado de un gran número de legislaciones. Se desprende de esta comparación, interesante y útil, que, por encima de la diversidad de los sistemas jurídicos, son considerablemente constantes y concordantes los principios fundamentales del imperio de la ley.

P. C.

Le code pénal de l'Empire d'Ethiopie du 23 juillet 1957, precedido por una introducción del profesor Jean Graven. [París, Centre français de droit comparé, 1959; 273 páginas.]

Hasta una época reciente, el Imperio de Etiopía no ha tenido un sistema legislativo escrito y unificado; tanto en derecho civil como en derecho penal, las fuentes principales eran las "Leyes de los Reyes" o *Fetha Negast*, compilación de principios religiosos y civiles. El primer esfuerzo de codificación se realizó en la esfera del derecho penal y en 1930 se promulgó el primer código penal con motivo de la coronación de Hailé Sélassié I. Tras haber renovado la Constitución en 1955, el emperador decidió emprender una vasta labor legislativa encaminada a efectuar la reforma y nueva codificación de las leyes civiles, mercantiles, penales y procesales, y pidió a juristas europeos de gran renombre que le ayudaran a elaborar los proyectos de código. La redacción del proyecto de código penal fue encomendada al profesor Jean Graven, decano de la Facultad de Derecho y presidente del Tribunal de Casación de Ginebra. Se trataba de colmar las lagunas del antiguo código y de elaborar una legislación penal totalmente original, adaptada a las recientes transformaciones del país e inspirada en los sistemas jurídicos más modernos, pero al mismo tiempo respetuosa de las tradiciones jurídicas

etíopes. El nuevo "Código penal del Imperio de Etiopía", el primero de los nuevos códigos, fue promulgado el 23 de julio de 1957 y entró en vigor el año siguiente. Su publicación en francés por el Centro Francés de Derecho Comparado hace posible que se dé a esta notable obra legislativa la difusión que merece.

El Código constituye un conjunto a la vez claro, completo, conciso y lógicamente ordenado. Al enunciar en los primeros artículos el principio de que la ley escrita es la única fuente del derecho penal, sus autores se impusieron la obligación de hacer de este texto una verdadera suma, de no tolerar ninguna laguna, ni en la exposición de los principios rectores ni en la definición de los hechos punibles. Con sus principales divisiones, este Código forma en conjunto bien equilibrado: contiene una parte general que es una exposición sistemática de las normas fundamentales sobre los delitos y las penas, una parte especial que define los delitos y fija las sanciones, y una tercera parte dedicada a las faltas, que hace de estas infracciones menores un sector autónomo del derecho penal. La primera parte, dividida en dos libros: "la infracción de la ley penal y su autor" y "la sanción penal y su aplicación", es un resumen de los conceptos básicos del derecho penal general, en el que nada queda a oscuras. Así, el primer título versa sobre las cuestiones, descuidadas en la mayoría de los códigos europeos, del ámbito de aplicación de la ley penal en el tiempo y en el espacio. En el título II se estudia la infracción en sí misma; en el título III, sobre la "punibilidad de la infracción", el autor se ocupa de todos los problemas planteados por la responsabilidad penal y de los elementos de orden subjetivo que pueden reducirla o eliminarla. En el segundo libro, sobre las sanciones, se recurre en gran medida a los medios recomendados por la criminología moderna para prevenir los delitos, reformar al delincuente corregible y proteger a la colectividad. Por lo demás, se puntualiza que la sanción ha de determinarse en cada caso teniendo en cuenta la importancia de la falta individual, el carácter más o menos peligroso del autor, su situación personal, sus antecedentes, sus móviles y sus fines: la individualización de la pena es considerada así como un principio fundamental de la represión. Por otra parte, el texto distingue muy netamente de las sanciones propiamente dichas las "medidas generales de previsión y protección" aplicables bien a los adultos, bien a los menores de edad. Se dedica un capítulo a las distintas modalidades de suspensión de las penas: suspensión de la sentencia, libertad condicional y patronato. La segunda parte, en la que se define cada uno de los hechos punibles, tiene los mismos caracteres de orden y de lógica. Se advertirá primero que, si el delincuente incurre en una pena privativa de libertad, el Código fija solamente el máximo de la pena; a reserva de este límite, el juez fija libremente su duración, sin tener que ajustarse a un mínimo. Por otra parte, el Código comprende todas

las materias que justifican la represión, algunas de las cuales son objeto en muchos países de textos especiales: delitos cometidos por los militares, funcionarios públicos y agentes de policía, delitos fiscales o económicos y delitos relativos al comercio terrestre y marítimo. Otra innovación notable es la de que el Código tenga un título sobre los "delitos contra el derecho de gentes": genocidio, infracciones de los convenios internacionales humanitarios y actos de hostilidad hacia las instituciones internacionales de protección. Disposiciones muy precisas sobre los delitos contra la administración de justicia, la sinceridad de las operaciones electorales, la seguridad pública y la seguridad de las comunicaciones, la salud pública y la familia y sobre los delitos en materia económica y comercial revelan una preocupación marcada por proteger los intereses de la colectividad.

Es notable que un país en vías de desarrollo se haya esforzado por darse, en primer lugar, un sistema legislativo inspirado en el principio del imperio de la ley. En la esfera del derecho penal, el Código etíope tiene un valor técnico raras veces igualado. El mérito corresponde en buena parte a su redactor, el profesor Jean Graven.

P.C.

Les Pays du Benelux. Por André Mast. [París, Pichon et Durand-Auzias, 1960. 368 páginas. Colección "Comment ils sont gouvernés". 20.70 francos nuevos.]

Publicamos en un número precedente de la *Revista* (vol. II, núm. 2, páginas 261 a 264) un comentario sobre las dos primeras obras de la colección "Comment ils sont gouvernés", editada bajo la dirección del profesor Georges Burdeau: se trataba de las obras del profesor André Tunc sobre los *Estados Unidos* y del P. Chambre sobre el *Poder soviético*. He aquí otro libro sobre los *países del Benelux*, debido al Sr. André Mast, profesor de la Facultad de Derecho de la universidad de Gante, cuyas brillantes intervenciones en la Segunda Comisión del Congreso de Nueva Delhi serán recordadas por muchos de nuestros lectores. Nadie reúne más condiciones que el profesor Mast para dar, en forma condensada, una visión muy completa de las instituciones políticas de estos tres países. Fiel al espíritu que inspira las obras de esta colección, el autor sólo analiza los textos constitucionales y legislativos después de haber situado las instituciones en su marco sociológico y haber recordado cuáles son, para cada país, los "componentes geográficos, demográficos y económicos" de la vida política. Una introducción en la que, en unas veinte páginas, el autor recuerda a grandes rasgos la historia de los tres países nacidos de la Unión de las Diecisiete

Provincias, completa útilmente esta descripción. La primera parte de la obra, que es también la más importante, trata de Bélgica. La segunda parte versa sobre los Países Bajos y sus territorios ultramarinos. La tercera parte ofrece, en unas treinta páginas, un breve panorama de las instituciones de Luxemburgo.

Bélgica vive desde hace ciento treinta años bajo el régimen de la Constitución de 7 de febrero de 1831, que sólo ha sido objeto de dos revisiones de alcance muy limitado. Ese texto instituyó un sistema de monarquía parlamentaria del tipo más clásico, cuyas piedras angulares eran la separación de los poderes constituidos y la responsabilidad del gobierno ante las Cámaras. El autor pone de manifiesto como, dentro de este marco inmutable, se ha desplazado el equilibrio de los poderes bajo la presión de los hechos y, ante todo, bajo el peso de las responsabilidades cada vez mayores que ha asumido el Estado en los órdenes económico y social. La necesidad de acrecentar los medios de acción del poder y de asignar al Estado las atribuciones apropiadas para sus nuevas funciones ha cambiado el orden de las relaciones entre los poderes constituidos. Por una parte, la primacía jurídica del poder legislativo se ha afirmado con la instauración del sufragio universal: se ha reconocido a los órganos de la representación nacional la plenitud de facultades y el derecho de suplir las lagunas de la Constitución y, al mismo tiempo, el primer rango en el orden de las precedencias constitucionales. Sin embargo, se ha afirmado paralelamente la predominancia efectiva del poder ejecutivo; al principio, siguiendo la lógica de la democracia política, el rey sólo tiene los poderes que le atribuye formalmente la Constitución; cien años más tarde, siguiendo los imperativos de la democracia social, el cúmulo de las tareas asumidas por el gobierno hace indispensable recurrir a la legislación delegada, a los "poderes especiales y extraordinarios", a las "leyes de bases". Lo esencial de la legislación económica y social de hoy día es de origen reglamentario. Al mismo tiempo, la disciplina de los partidos y la solidaridad de hecho entre el gobierno y la mayoría parlamentaria han modificado profundamente el concepto de responsabilidad ministerial. Por último, el gobierno participa de manera cada vez más activa en la orientación de las labores parlamentarias y legislativas; se ha convertido en "el órgano que da el impulso y en el órgano que más a menudo hace la ley".

En los Países Bajos, la Ley fundamental de 1815 dejaba amplia libertad al gobierno personal del Rey. En 1848, una reforma constitucional modificó profundamente las bases del régimen e instituyó la responsabilidad del gobierno ante los Estados Generales. Sin embargo, hubieron de transcurrir más de veinte años antes de que se estableciera el sistema parlamentario y todavía más tiempo antes de que se democratizaran las reglas de composición y elección de las dos Cámaras. Por otra parte, el principio de la soberanía nacio-

nal no ha sido reconocido jamás como fundamento del derecho público neerlandés y sigue siéndole totalmente ajena la idea de una omnipotencia de las asambleas elegidas o siquiera de su primacía jurídica. El poder ejecutivo no ha quedado reducido jamás a una condición subalterna. La incompatibilidad tradicional entre las funciones ministeriales y los mandatos parlamentarios, y la inestabilidad de las mayorías en las dos Cámaras debida a la abundancia de partidos, han consolidado la independencia, estabilidad y autoridad de los gobiernos. El predominio efectivo del poder ejecutivo era, pues, una característica de las tradiciones constitucionales neerlandesas y el Gobierno de los Países Bajos estaba preparado, mucho mejor que el de Bélgica, para asumir sus nuevas responsabilidades en la esfera económica y social. Parece que los Estados Generales aceptan esa situación y dejan plena libertad de acción al gobierno, mientras ejercen en su plenitud su función de fiscalización. A juicio del autor, este equilibrio de los poderes "ha hecho posible una política social y económica notablemente coherente y progresista".

Luxemburgo, cuya Ley fundamental de 1868 estableció un orden constitucional muy parecido al de Bélgica, ha tenido también una notable estabilidad gubernamental: desde 1918 hasta 1958 han desempeñado sucesivamente la dirección de los asuntos tres ministros de Estado.

Como conclusión, se desprende de la obra que, a pesar de la diversidad formal de las reglas constitucionales, estos tres países han conseguido llegar, bajo la presión de las circunstancias, a soluciones muy análogas. Por lo demás, ¿acaso no es cierto que el "predominio efectivo del poder ejecutivo" es una constante casi universal de las instituciones políticas de nuestra época?

P. C.

**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
- Intercepción 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

Volumen III, núm. 1 (primavera de 1961):

Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley, Lagos, Nigeria: Conclusiones de la Conferencia, programa propuesto para la redacción de los informes nacionales, reflexiones de G. d'Arbousier y T. O. Elias.

La detención preventiva en los sistemas jurídicos de Australia, Birmania, la Europa oriental, Filipinas, India, Japón, Singapur y la Unión Soviética.

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, 9 y 10 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 11 (diciembre de 1960): Contiene informaciones sobre aspectos del imperio de la ley en Alemania oriental, Argelia, Chipre, Estados Unidos, Hungría y la República Dominicana. Naciones Unidas: Comisión de Derechos Humanos.

Número 12 (noviembre de 1961): Versa sobre la Alemania oriental, Australia, Ceilán, Etiopía, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Senegal, Suiza y la Unión Soviética.

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 Africa 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 Africa 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.

Número 12 (junio de 1961): Misión a la América latina, despedida al secretario general saliente, el nuevo secretario general, Liberia, misiones y observadores, concurso de ensayos, Llamamiento pro Amnistía 1961, secciones nacionales.

**ESTUDIOS ESPECIALES E INFORMES
DE LA COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS**

The Rule of Law in the United States (1958): [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 (julio de 1959): 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 1960): 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 Universal 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.)

El imperio de la ley en las sociedades libres (julio de 1960): Este informe sobre el Congreso Internacional de Juristas celebrado en 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.

Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley (junio de 1961): Informe acerca de la primera Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley, celebrada en Lagos, Nigeria, en enero de 1961, con la asistencia de 194 jueces, abogados y profesores de derecho de 23 naciones africanas, así como de 9 países de otros continentes. El informe contiene la *Ley de Lagos*, la *Declaración de Delhi*, el *Acta de Atenas*, las *Conclusiones* de

la Conferencia, la lista de participantes, el programa de la Conferencia, el programa propuesto para la redacción de los informes nacionales, los documentos de trabajo que sirvieron de base para las deliberaciones de las tres Comisiones y un amplio resumen de los debates sostenidos en las sesiones plenarias y en comisión.

The Cassell Case: Contempt in Liberia (agosto de 1961): Estudio sobre la expulsión del Sr. Christian A. Cassell, Monrovia, de la abogacía por haber formulado observaciones críticas sobre la administración de justicia en Liberia.

Comisión Internacional de Juristas: datos básicos: Folleto sobre los objetivos, organización, composición, antecedentes, desarrollo, actividades y finanzas 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.

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

PRECIO:

4,50 fr. suizos

1 dólar de EE.UU.

7/6 chelines

IMPRENTA TRIO S.A. LA HAYA. PAISES BAJOS