## REVISTA

### DE LA

### COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

Director: SIR LESLIE MUNRO

PRIMAVERA, 1962

VOLUMEN IV, NÚM. 1

FRITZ GYGI EL ORDENAMIENTO POLÍTICO Y
SOCIAL CONTEMPORÁNEO

SAO-CHUAN LENG LA PROFESIÓN DE ABOGADO EN LA CHINA COMUNISTA

A. G. DAVIS LA INSTITUCIÓN DEL "OMBUDSMAN" EN NUEVA ZELANDIA

RUDOLE TOROVSKY LA LIBERTAD DE SALIDA DE UN PAÍS

PHILIPPE COMTE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO

EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO

WALTHER ROSENTHAL EL PODER JUDICIAL EN LA ZONA DE OCUPACIÓN SOVIÉTICA DE ALEMANIA

### NOTAS

A. A. DE C. HUNTER LA INSTITUCIÓN DEL "OMBUDSMAN" Y
Y SU POSIBLE ADOPCIÓN EN GRAN
BRETAÑA

EL PROYECTO DE CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE 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;
- GEORGES BURDEAU, profesor de Derecho en la Universidad y en el Instituto de Estudios Políticos de Paris:
- ZELMAN Cowen, profesor de Derecho público y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne;
- T. S. Fernando, magistrado del Tribunal Supremo de Ceilán;
- C. J. Hamson, profesor de Derecho comparado en la Universidad de Cambridge;
- SEBASTIAN SOLER, ex procurador general de la Nación argentina y profesor en la Universidad de Buenos Aires
- Kenzo Takayanagi, profesor de Derecho en la Universidad de Tokio y presidente de la Comisión examinadora de la Constitución, y
- KONRAD ZWEIGERT, profesor de Derecho comparado en la Universidad de Hamburgo.

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. BONSAL

PHILIPPE N. BOULOS

U CHAN HTOON

A. J. M. VAN DAL

ELI WHITNEY DEBEVOISE

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 SEBASTIÁN SOLER

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 Procurador general de Filipinas; miembro del Consejo de la Asociación Internacional de Abogados

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 Ex magistrado del Tribunal Supremo de la Unión Birmana

Abogado ante el Tribunal Supremo de los Países Bajos

Abogado, Nueva York; ex asesor jurídico de la Alta Comisaría de los Estados Unidos para Alemania

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

Abogado; ex presidente de la Asociación de Abogados de Costa Rica; profesor de derecho; ex embajador ante los Estados Unidos y ante la Organización de los Estados Americanos
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 Checoeslovaquia en Gran Bretaña y Francia; ex miembro del Goblerno checoeslovaco

Ex fiscal general de Inglaterra

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

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

Asesor jurídico del Banco del Estado del 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

Direc	IOI . SIR LESLIE WIUNKO	
Primavera, 1962	Volumen IV, Nú	л. <b>1</b>
	EL ORDENAMIENTO POLÍTICO Y SOCIAL CONTEMPORÁNEO	3
	LA PROFESIÓN DE ABOGADO EN LA CHINA COMUNISTA	44
	LA INSTITUCIÓN DEL "OMBUDSMAN" EN NUEVA ZELANDIA	63
RUDOLF TOROVSKY	LA LIBERTAD DE SALIDA DE UN PAÍS	76
	LA APLICACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO	109
WALTHER ROSENTHAL	EL PODER JUDICIAL EN LA ZONA DE OCUPACIÓN SOVIÉTICA DE ALEMANIA	150
	NOTAS	
A. A. de C. Hunter	LA INSTITUCIÓN DEL "OMBUDSMAN" Y Y SU POSIBLE ADOPCIÓN EN GRAN BRETAÑA	
	ONVENCION INTERAMERICANA SOBRE ERECHOS HUMANOS	181
REV	ISTA DE LIBROS	
Pedro Pablo Camargo	La Protección Jurídica de los Derechos Humanos y de la Democracia en América. Los Derechos y el Derecho Internacional. (Horacio H. Godoy)  Bibliothèque de Droit privé. (Philippe Comte)	207
André Huguet	L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur. (János Tóth)	209 210
Víctor Gasse	Le Régime Foncier à Madagascar et en Afrique. (P. C.)	211
Ayuda Suiza a los Tibetanos	Die Leiden eines Volkes. Die Tragödie Tibets und der tibetischen Flüchtlinge. (Rudolf To- rovsky)	212
Secretaría de las Naciones Unidas	1961 Seminar on the Protection of Human Rights in the Administration of Criminal Justice. (P. C.)	213
	Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'homme. (P. C.)	215

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS • GINEBRA

CN 93!

# EL ORDENAMIENTO POLITICO Y SOCIAL CONTEMPORANEO

I

Efectuar prestaciones, dirigir y distribuir, he aquí las nuevas funciones para cuyo desempeño el moderno Estado de derecho ha de encontrar y moldear las formas jurídicas de expresión adecuadas. De todas estas cuestiones se inhibía el Estado de derecho liberal del tipo clásico o, si llegaba a ocuparse de ellas, era tan sólo en el sentido de descargarse del ordenamiento de tales relaciones de derecho, relegándolas a la esfera de la autonomía privada. Empero, la experiencia llegó pronto a demonstrar que semejante apartamiento no daba por resultado las situaciones sociales, ideales que se habían imaginado. Todo aquello que el Estado encomienda a los particulares con expresa renuncia a hacer valer su propia influencia, lo abandona en poder de las voluntades privadas. La tolerancia o incluso la ejecutoridad de relaciones de derecho emanadas de la discrecionalidad arbitraria se explica por la componente liberal del Estado de derecho y por la confianza en la fuerza moral de la autonomía privada. Pero esto no significa en modo alguno que, actuando de esta forma, el Estado obre en justicia. Más aun lo que resulta verdaderamente sorprendente es que el Estado Liberal de acuerdo la división de poderes se afanase tanto, por una parte, por adoptar disposiciones con el fin de evitar cualesquiera modalidades de excesos de poder mediante el fraccionamiento y la división de las atribuciones estatales y que, por otra parte, no tuviera inconveniente en estructurar sin reserva alguna la autonomía privada dotándola de una amplísima esfera de competencia.1 Posteriormente, el ordena-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Por lo que respecta a la interpretación de la autonomía privada de la voluntad como esfera de competencia jurídica y creadora de normas de derecho, véase W. Burkhardt: Organisation der Rechtsgemeinschaft (Organización de la collectividad jurídica) (Zurich: Polygraphischer Verlag A.G., 1927), págs. 156 y 190 y sigs. K. Oftinger: "Die Vertragsfreiheit" Festgabe der schweizerischen Juristischen Fakultäten zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung (La Libertad contractual; publicación jubilar de las facultades de derecho suizas con motivo del centenario de la Constitución Federal) (Zurich: Polygraphischer Verlag A.G., 1948), pág. 322. Z. Giacometti: Allgemeine Lehren des Rechtsstatatlichen Verwaltungsrechts, (Doctrinas generales del derecho administrativo del Estado de derecho), (Zurich: Polygraphischer Verlag A.G., 1906), pág. 31, nota 7a.

miento jurídico se vio en la necesidad de insertarse nuevamente en dichas relaciones, de derecho privado comenzando por entrelazar a tales efectos normas de derecho administrativo reguladoras de relaciones de derecho privado con disposiciones de derecho privado de obligatoria observancia.

En cuanto a sus efectos, este proceso no tiene otro significado que el de una recuperación sucesiva de una parte de las atribuciones

que habían sido conferidas con excesiva generosidad.2

En su preocupación por mantener el imperio de la ley en la esfera de actuación estatal, dirigíanse preferentemente todas las miradas en una y otra ocasión hacia la protección del Estado. La Lev era considerada por antonomasia como la genuina protectora y

defensora de la libertad y la dignidad humanas.

El principio de la legalidad aparece orientado en el sentido de jalonar para el Estado y la Administración un campo de actividades lo más reducido posible exactamente demarcado y previamente determinado. La Ciencia del Derecho se ocupa, aunque no siempre de un modo exclusivo, a pesar de todo preferentemente, de la naturaleza y del objeto de las normas de derecho público. Partiendo de las necesidades del liberalismo clásico, el precepto jurídico aparecía llamado y, al propio tiempo limitado, a regular los vínculos de caracter social inherentes al estado de libertad, con el fin de proteger la libertad del prójimo que ha de gozar de la misma con iguales derechos y a retener los impulsos del poder estatal.

El Estado se veía obligado a ponerse en condiciones para poder intervenir unilateralmente valiéndose de los medios con que cuenta partiendo del supuesto que el particular, presuntamente egoista, no podía tener en ningún caso un interés inmediato y visible en someterse voluntariamente a semejante sujeción opresora. De aquí provienen las formas jurídicas emanadas del Estado, el acto administrativo unilateral y la construcción del concepto de la administración intervencionista. Como, por otra parte, el liberalismo clásico se negaba a facultar al Estado para producir bienes ni para asumir la dirección de la economía, resulta que la ley del tipo descrito no tiene otro misión que el mantenimiento del orden. La justicia de las relaciones de orden privado era considerada por el legislador como algo que no necesitaba ser reglamentado o que, incluso, ni siquiera era susceptible de reglamentación.3 En tanto que, de hecho, el Estado efectuaba ya ciertas prestaciones en la época de mayor auge de las doctrinas políticas que constituyen la base del

3 F. Gigy: Interventionsrecht und Interventionsverwaltung ("Derecho de intervención y administración interventora"), (Bern: Stämpfli y Cie., 1958), pág. 74

y sigs.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> K. Spiro, "Können übermässige Verpflichtungen und Verpflichtungen in reduziertum Umfange aufrechterhalten werden?", Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (en adelante ZbJV), 88, pág. 530 y sigs.

Estado de derecho liberal, se daba el caso que, o bien tales prestaciones no eran consideradas como jurídicamente exigibles — como acaecía en materia de beneficencia — o bien eran liberadas de todo requisito de estructuración legal en virtud de ciertas construcciones jurídicas de índole puramente teórica, como la relación de derecho de tipo institucional o de una peculiar conexión con el poder soberano. Todo esto no se considera actualmente como una posiblidad admisible atribuyéndose en cambio al principio de legalidad una significación que abarca toda la esfera administrativa.

El postulado con arreglo al cual el principio de legalidad debe hacerse extensivo a la administración intervencionista completamente plausible desde el punto de vista programático. Unicamente es necesario tener en cuenta, ante las esperanzas que suscita la legalidad del Estado intervencionista, las diferencias esenciales en cuanto a las exigencias a que tiene que hacer la ley que controla cuestiones económicosociales en comparación con la ley meramente destinada a mantener el orden.

Como no se puede menos de reconocer en un principio, desde un punto de vista meramente comprobatorio, el hecho de aplicarse la ley con el fin de regular jurídicamente tareas que implican la realización de prestaciones de servicios y otras de índole directiva, desfiguró la faz de la ley constitucional hasta el punto de dejarla convertida en una caricatura. La norma jurídica suprema perdió su claridad, la confianza que inspiraba, su precisión y su perdurabilidad desde el momento en que el legislador tuvo que ocuparse de prestaciones y de funciones directivas. Cada vez que el legislador intenta penetrar a fondo en el terreno de la regulación social y de la concesión de prestaciones, no pasa de enunciar unas normas reguladoras del arbitrio administrativo o unas paráfrasis carentes de precisión, o de conceder determinadas autorizaciones, de establecer cláusulas de carácter general y fórmulas definidoras de objetivos.<sup>5</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Confr. a este respecto F. Gygi: Interventionsrecht und Interventionsverwaltung ("Derecho de intervención y administración interventora") págs. 33 y sigs. y 44 y las referencias correspondientes H. V. Kopp: Inhalt und Form der Gesetze, Diss. ("Contenido y forma de las leyes", tesis doctoral), (Zurich: Polygraphischer Verlag A.G., 1958), págs. 591 y sigs., 596 y sigs., 719 y sigs. y, en particular, pág. 607 y sig. siendo únicamente de notar su observación desaprobatoria en la pág. 449 que no aprecia de un modo completamente justo los orígenes histórico-ideológicos del concepto constitucional de la ley en el Estado liberal.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Sobre este particular dice con indudable acierto K. Eichenberger: Die richterliche Unäbhängigkeit ("La independencia judicial"), (Bern: Stämpfli & Cie., 1960), pág. 180: "La Administración llamada a actuar en la estructuración social y, sobre todo, a intervenir al propio tiempo en la economía, maneja un concepto del arbitrio administrativo completamente distinto del que aplicaba la administración tradicional. Porque actúa en un plano distinto de mayor alcance, en condiciones que requieren una mayor movilidad, cierta rapidez y amplias perspectivas, sobre materias de las que ni siquiera se

O bien adopta medidas individuales o, en otro caso, envuelve la actividad normativa propiamente dicha en un tejido de amplias delegaciones a favor de las formas subalternas de regulación jurídica propias del ordenamiento reglamentario. Todos estos síntomas reveladores de un estado patológico del que padece la ley reguladora de procesos sociales y económicos han sido infinitas veces objeto de acerbas críticas e incluso han dado lugar a certeros análisis de las causas determinantes de los mismos. Huelga enumerarlos detalladamente. Porque todas las observaciones efectuadas a este respecto dan por único resultado la confirmación del hecho que la ley del Estado liberal se encontraba en presencia de una situación sociológica completamente distinta. Si el Estado moderno intervencionista se propusiere legalizar en toda su extensión su propio campo de actividades en forma tal que la Administración apareciese como una derivación infalible de ciertas paráfrasis definidoras de situaciones de hecho preestablecidas, habría que comenzar por crear la ley del género adecuado a estos fines. Es pues obrando de esta forma y no, en modo alguno, por medio de críticas denigrantes y despectivas acerca de la disgregación de la técnica legislativa del período liberal como la jurisprudencia dogmática pudiera adquirir el mérito perdurable de contribuir a lograr que la constitución actual de la sociedad cumpla con el imperio de la ley. Expresado en términos concretos: imagínese, a modo de ejemplo, un sistema modelo de "cuotas" que se atenga estrictamente al principio clásico de la legalidad y que, además, aparezca perfectamente encuadrado dentro de la igualdad jurídica y respeto en derechos fundamentales de la persona humana.

Semejante intento conducirá fatalmente — como, desde luego, cabe prejuzgar en virtud de las primeras experiencias a que dio lugar el precedente de la ordenación del mercado de quesos en Suiza — a sacar en consecuencia con toda resignación, que las "cuotas" no debieran ni siquiera existir. Lo que interesa, empero, no es poner en tela de juicio la necesidad de la intervención del Estado, sino encontrar el medio de adoptarla a las exigencias del imperio de la ley.

El establecimiento de normas abstractas de caracter general no plantea problemas de especial complejidad cuando se dispone de un número ilimitado de atribuciones, como sucede en el caso de las

ocupaba la antigua administración interventora, pero que contribuyen, no obstante, a determinar la naturaleza de la función". Véase ademas BGE 86 (Bundesgerichtsentscheidungen = resoluciones de Tribunal Federal Suizo) Vol I., pág. 319, resolución núm. 3 y otras, cfr. a este respecto Gigy: Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, pág. 59, sobre la subdivisión de los preceptos concernientes al arbitrio administrativo en fórmulas indicadoras de los objectivos a alcanzar.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> H. W. Kopp, op. cit. págs. 572 y sigs., 596 y sigs. y 660 y sigs. y 714 y sigs.

autorizaciones de la policía. En materia económica resulta, por el contrario, que la producción, lo mismo que las importaciones y exportaciones son objeto de limitaciones de orden cuantitativo, lo que, por su propia naturaleza, excluye la posibilidad de considerar a todos los interesados con un criterio efectivamente general y a base de una estricta igualdad jurídica. Una igualdad de trato de la mayor amplitud, que por principio había de aplicarse con caracter general y uniforme a todas las personas, sin distinción, constituía, por así decirlo, la atmósfera vital de las normas jurídicas liberales. El Estado intervencionista aparece, empero, basado en una igualdad que viene a ser algo distinto de la igualdad, tal como la entiende el liberalismo. Es una igualdad que logra aproximarse mucho más a los seres humanos en sus situaciones de fortaleza y de debilidad, imbuída de distinciones que requieren una adecuada individualización y que, por tales motivos, no es susceptible de generalización.

Como ya se colige de las indicaciones que anteceden, la ley del Estado intervencionista se halla expuesta a tener que hacer frente a exigencias de un orden distinto. El ordenamiento jurídico liberal estaba exento de la carga de determinar de antemano el curso futuro de las corrientes sociales y de evaluar la reacción que éste pudiera producir. No le estaba encomendado nada parecido a tener que pronunciarse sobre la justicia en el intercambio, el precio justo y la participación justa en el producto social. No se exigía de él que tuviera conocimiento de los riesgos futuros. No podía exigirse que el legislador tuviera la condición de predictor clarividente cuando los hombres carecen de esa calidad, más aún que fuera un predictor clarividente merecedor de toda confianza que dicte normas cuyo contenido permita al funcionario administrativo en todo momento conocer la actitud que haya de adoptar y que, además, ofrez-

F. Gygi: Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, págs. 78 y sigs.
 J. Darbellay: L'action du Pouvoir sur l'évolution du droit ZSR 1955, pág. 144; M. Imboden: Der verwaltungsrechtliche Vertrag ZSR 1958, pág. 52 a. <sup>9</sup> Expresado categóricamente en Gustav Radbruch: Vom individualistischen Recht zum sozialen Recht en Der Mensch im Recht) ("El hombre en el Derecho"), (Göttingen: Ausgewählte Vorträge, 1957), pág. 37: "El derecho social aparece basado más bien en una transformación de estructura de todo el pensamiento jurídico, en un nuevo concepto del hombre: el derecho social es un derecho que no está cortado conforme al patrón del individuo carente de individualidad, desposeído de sus características personales, imaginado a modo de un ente aislado, sustraído a su disposición a integrarse en la vida social, sino conforme al hombre concreto e integrado en la vida social. Sólo mediante la adaptación del derecho a esta última imagen del hombre es como llegan a descubrirse en el horizonte del derecho las diferencias existentes entre un estado de fortaleza social y una situación impotencia social, cuya toma en consideración determina esa pronunciada evidencia característica del derecho social."

<sup>&</sup>quot;Por el contrario, el ordenamiento jurídico individualiste, ya superado, estaba orientado con miras al individuo considerado como algo carente de toda individualidad y completamente aíslado."

can la garantía que todos los funcionarios administrativos no puedan menos, ante supuestos idénticos, que llegar a unas mismas conclusiones. Ernst Forsthoff, por ejemplo, considera como un hecho indiscutible que la justicia distributiva y el control social no son en modo alguno susceptibles de someterse a normas determinadas, y no cabe decir que esta aprensión esté por completo sacada de la nada, con todo lo pesimista que resulte al ser formulada en términos tan absolutos. 10 La técnica legislativa del intervencionismo del Estado liberal no está, en modo alguno, rezagada con respecto al dirigismo en lo concerniente al empleo de conceptos indeterminados y a las delegaciones de atribuciones sobre ejercicio del arbitrio administrativo, como tampoco, en último término, en cuanto a resoluciones dictadas en materia de economía política que dejan cuestiones sin resolver. 11 Lo que precisamente es digno de ser considerado con toda atención es el hecho de que la intervención del Estado para el fomento de la competición presente la misma cara que la intervención para la regulación social. Es evidente que la finalidad apetecida no es la misma, si el Estado en su relación con los particulares renuncia a inmiscuirse en las cuestiones de hecho concernientes a la competencia profesional o si, por el contrario, acepta de intervenir con el fin de proporcionar a los particulares una posibilidad de tomar parte en la competición. Esta diferencia permite incluso percibir claramente una trascendental divergencia del concepto que se había formado el Estado de derecho liberal acerca del significado de los derechos constitucionales. Es, en efecto, algo completamente distinto, que las garantías constitucionales de libertad contenidas en los derechos fundamentales impliquen la promesa por parte del Estado de abstenerse de influencias perturbadoras sobre las cuestiones de hecho concernientes a la competencia profesional, con lo que queda cumplido su cometido, a que el ordenamiento jurídico tenga por misión purificar el ambiente en que se

<sup>10</sup> E. Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts 7a. edición, págs. 65 y sigs. y 69 y sigs.; confr. Max Weber: Rechtssoziologie pág. 81; J. Darbellay: ZSR. 1955, págs. 125 y sigs: H. W. Kopp, op. cit. págs. 572 y sigs. F. Gygi: op. cit. págs. 31 y sigs., 43 y sigs. y 48 y sig.; Además "Aufgaben und Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit beim Uhrenstatut" (objetivos y límites de la jurisdicción administrativa en el estatuto de la relojería): Wirtschaft und Recht 1956, pág. 136 y sig.; H. Barth: "Normen als Ordnungsformen der Weltorientierung" (Las normas como formas de ordenamiento de la orientación mundial) en Kultur und Norm, págs. 19 y sigs.
11 E. Hirsch: Kontrolle wirtschaftlicher Macht, (Bern: Stämpfli & Cie., 1958)

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> E. Hirsch: Kontrolle wirtschaftlicher Macht, (Bern: Stämpfli & Cie., 1958) pág. 67; H. Huber: Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie (Libertad de industria y garantía de la propiedad); publicación jubilar en honor del Sr. Max Gutzweiler, pág. 553 y sig.; H. Merz: Der Schweizerische Entwurf zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organizationen (El proyecto suizo de una ley federal sobre carteles y organizaciones análogas), en Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1960, págs. 14 y 22.

desenvuelven las relaciones interindividuales propias de la competición.<sup>12</sup>

La garantía de libertad propia del Estado liberal, que había sido ideada para obligar al Estado a abstenerse de toda intervención en los hechos económicos, es una garantía de un género harto distinto en comparación con la que confiere el Estado intervencionista. La demanda de garantías para la relación de concurrencia entre seres humanos para la justicia del intercambio de prestaciones de carácter privado, en el sentido de la intervención para la regulación social, implica en su aspecto objetivo una exigencia jurídica de prestación estatal. La clasificación preferida de los economistas en medidas conformes v disconformes – la conformidad se refiere al principio de la economía de mercado libre - permitió a los juristas pasar por alto el hecho de que la expresión "fomento de la economía por el Estado" implica para el economista una manifestación de política económica y que, por consiguiente, ha de considerarse como una intervención y un acto de dirigismo económico, es decir, como una influencia ejercida por el Estado generadora de competencia comercial. Los decretos dictados sobre esa base con el fin de combatir los carteles y monopolios presentan, por las razones expuestas, todas las particularidades de los axiomas jurídicos propios de la legislación del Estado intervencionista. Adolecen de falta de precisión de concepto en sus preceptos normativos. Esto explica la poca simpatía que el sentido económico-político de los referidos decretos inspira en las esferas judiciales.

Por lo que respecta, en particular, al derecho que regula las relaciones sociales interindividuales, se tiene la impresión, de que el Estado ha recabado nuevamente para sí una parte de la libertad de acción y la maneja por sí mismo y que tal hecho fuera imputable a la circunstancia de que dicha comunidad estima, que sus copartícipes en la relación de derecho no habían sabido administrar fielmente la autonomía que les había sido conferida. Lo que en todo caso puede darse por cierto es que al Estado se le confieren en este terreno atribuciones de reconocida amplitud, indeterminadas y variables. 13 Evaluada con arreglo a las exigencias constitucionales, esta legislación tiene todas las apariencias de ser, por naturaleza, incompatible con el Estado de derecho. Además, aparecen amalgamadas en la misma las relaciones jurídicas emanadas de relaciones de privado derecho con aquellas otras de índole manifiestamente públicas, como también resultan encajadas una en la otra la esfera privada y la estatal. La separación, que solía observarse rigurosamente, entre

Macht (Control del poder económico), pág. 57.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> BGE (Resoluciones del Tribunal Federal Suizo) 80. II. 42; J. Darbellay ZSR (Revista de Derecho Suizo) 1955, págs. 134 y sigs. y 137.
<sup>13</sup> K. Spiro: ZbJV 88, pág. 529 y sigs.; E. Hirsch: Kontrolle wirtschaftlicher

las relaciones de derecho horizontales y las verticales ha caído completamente en olvido. La regulación de las relaciones de poder económico por medio de la legislación sobre los carteles muestra de un modo evidente, que el uso que se haga de la libertad contractual y de la de asociación no se considerará en lo sucesivo como asunto exclusivamente privado.

Los fenómenos que se están desarrollando en el ámbito de la intervención estatal en materia social corresponden simétricamente al desenvolvimiento que se observa en el plano del derecho constitucional. Ya no resulta indicado pretender hallar la única explicación para justificar la existencia del Estado intervencionista en la circunstancia de que, además de las libertades públicas tradicionales, ha acogido en su programa la seguridad social y económica. La propia libertad económica, en tanto se hallaba expuesta a verse socavada por fuerzas extra-estatales, ha llegado a requerir la aplicación de medidas destinadas a satisfacer la necesidad de protección y el anhelo de seguridad.

Pero, aún cabe decir más: El acceso al más alto grado de libertad y de desenvolvimiento de la individualidad que sea humanamente posible alcanzar aparece basado, en definitiva, en la aportación de múltiples auxilios y medios de sustentación colectivos que, a su vez, exigen del elemento individual la aportación de su tributo. La posibilidad de desenvolvimiento económico ha sido objeto, por así decirlo, de una transmutación desde una posición que estaba asentada sobre las doctrinas liberales a una posición basada en los postulados del Estado intervencionista 14.

Hasta los propios derechos fundamentales del liberalismo comienzan, por las razones expuestas, a ampliar su contenido para convertirse en derechos constitucionales de contenido social <sup>15</sup> en tanto que ya no se limitan a proteger al individuo contra el poder estatal, sino que le ofrecen su ayuda contra la opresión por parte de las fuerzas sociales. Esto es precisamente a lo que acaba de aludirse en relación con libertad de concurrencia. El avance efectuado por los derechos constitucionales desde el dominio de la ideología liberal y su consiguiente irrupción en el ámbito del pensamiento social se patentiza de un modo evidente al examinar a continuación el problema de la igualdad jurídica. Claude du Pasquier, <sup>16</sup> Georges Ripert, <sup>17</sup> y Otto Bachof <sup>18</sup> han puesto en claro que la legislación social establecida

<sup>14</sup> Cfr. asimismo los ulteriores desenvolvimientos en materia de fomento de la capacitación para la competencia comercial (CAP. II).

<sup>Cfr. también J. Derballay: ZSR 1955, págs. 134 y sig. y 137.
Claude du Pasquier: La notion de justice sociale, ZSR 1952, pág. 93.</sup> 

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Georges Ripert: Les forces créatrices du droit, pág. 265: cfr. además J. Darbellay, ZSR 1955, pág. 144; R. Savatier: Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui, (París: 1955, segunda edición), págs. 286 y sig.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Otto Bachof: Der Begriff und das Wesen des soziales Rechtsstaates (El concepto y la naturaleza del Estado de derecho) VVDStRL 12, pág. 41.

en beneficio de los económicamente débiles está realmente destinada a crear mediante la intervención del Estado situaciones de desigualdad formal al efecto de restablecer la igualdad económica. Por lo menos, se consigue con ello realizar esta labor de justicia compensadora, encaminada a limar las asperezas debidas a las diferencias sociales, rompiendo así con el criterio de la igualdad abstracta y uniforme. 19 Por medio de la legislación social a favor de los trabajadores, de los inquilinos o colonos, o de la agricultura, realiza el legislador una obra de justicia compensadora destinada a mejorar la suerte o las posibilidades de los postergados.<sup>20</sup> Esto es, empero, lo que precisamente constituye la esencia de los derechos constitucionales de contenido social.<sup>21</sup> Los derechos constitucionales no pueden ya contentarse con pretender ser y continuar siendo los hitos fronterizos que marcan la divisoria entre el ámbito estatal y el individual.<sup>22</sup> Con arreglo a una apreciación jurídica que durante mucho tiempo fue considerada como indiscutible, ciertos derechos constitucionales, tales como la obligación de igualdad ante la ley y de respeto a la libertad individual, sólo conferían protección en las relaciones entre el Estado y el ciudadano.23 Actualmente, en cambio, resulta que, por efecto de la intervención de un tercer elemento, se pretende compeler a los sujetos de derecho privado a que contraigan nuevas obligaciones en el ámbito de sus relaciones recíprocas.24 Empero, en vista de los nuevos peligros que pudieran dimanar de una apreciación jurídica de este género para la libertad personal y para el contrato, considerado como institución central del derecho privado, la doctrina jurídica comienza a ordenar marcha atrás, fundandose en que eso implicaría - conforme a los términos de una sentencia – un atentado contra las propias raíces del sistema del derecho privado.25

La honda transformación de que ha sido objeto el edificio constituído por las distintas ramas del sistema jurídico se manifiesta además en el hecho de que la clasificación tradicional de las múltiples materias que comprende la enciclopedia jurídica, que no deja de ser considerada como fundamental – en una rama principal en la

<sup>19</sup> Gustav Radbruch: op. cit. pág. 39. Cfr. F. Gygi: Interventionsrecht und Interventionsverwaltung págs. 65 y sig.; asimismo Verwaltungsrecht und Privatrecht págs. 12 y sig. <sup>20</sup> J. Darbellay, ZSR 1955 págs. 134 y sig. y 137 y sig. 144 y sig.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Georges Ripert: Op cit. pág. 291 y sig.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Cfr. H. Huber: Die Koalitionsfreiheit ZbJV 83, págs. 11 y sigs.

<sup>23</sup> Z. Giacometti: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts pág. 3 y sig. nota 8.

BGE (Resoluciones del Tribunal Federal Suizo) 86 II 376, 82 II 302, 81 II 127.

<sup>25</sup> Z. Giacometti: op. cit. pág. 3 y sig. nota 8; W. Burckhardt: Organisation der Rechtsgemeinschaft pág. 19 y sig.; mismo autor: Methode und System des Rechts págs. 202 y sigs.

que están incluídas todas las instituciones de derecho privado, y otra de igual importancia que abarca las de derecho público – es susceptible de ser tenida en cuenta por razón del número crecido de puntos de demarcación, pero, mirada de cerca, evidencia su falibilidad. Resulta, por lo tanto, carente de valor la correlación alternativa que suele formularse en los siguientes términos: "Derecho público – acto administrativo, Derecho privado – contrato."

La delimitación fue intentada principalmente a base de la teoría de los intereses y de la teoría de la sujeción. Ni una, ni otra de dichas teorías puede negar su arraigo en el pensamiento jurídico del constitucionalismo liberal. La "teoría de los intereses" está basada en una confrontación de la utilidad privada con la utilidad pública, consideradas como polos opuestos. La "teoría de la sujeción" recurre a la imagen del Estado que se encuentra en un plano superior por razón de la autoridad de que se halla investido y que interviene de un modo unilateral, formando contraste con los particulares, situados en un plano inferior, pero todos estos a un mismo nivel, por lo que pueden concertar sus voluntades en forma de contrato.<sup>26</sup> El Estado que efectúa prestaciones y está en situación de conceder o de negar atribuciones, con respecto a las cuales posee, en virtud de los preceptos que regulan el arbitrio administrativo, una legítima facultad de disposición, o que ha logrado a encumbrarse hasta llegar a ser el comitente de mayor importancia para la economía privada, no necesita ya realmente, prevalerse, sino en proporciones harto reducidas, de las posibilidades de regulación que les confiere el poder soberano. Las formas e instituciones emanadas del poder administrativo resultan en muchos casos hasta inadecuadas para la completa juridicidad de las nuevas funciones. Con motivo del cambio interindividual y de la repartición de bienes económicos se suele recurrir tradicionalmente al contrato, porque, en efecto, el interés mutuo en el substrato económico de las partes incita a éstas a actuar conjuntamente, sin que sea necesario que una de ellas ejerza una facultad jurídica de mando, lo que no quiere decir que la superioridad en el plano social no pueda influir de un modo determinante sobre el contenido del contrato. ¿ A qué podía aspirar el dirigente de la Administración con mayor afán, que a ampararse, para el cumplimiento de las obligaciones económicas que el Estado ha tomado a su cargo, en las propias instituciones de derecho privado que hasta la fecha habían conferido a esas mismas actividades su vestimenta jurídica?

No obstante, incluso en el desempeño de sus funciones reguladoras y en su posición de comitente, la Administración permanece situada ante un fondo específicamente autoritario que trasciende

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Z. Giacometti: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts págs. 97 y sigs. y 105.

independientemente de las formas jurídicas externas elegidas, lo que tiene por consecuencia que las formas técnico-jurídicas aparentes no permitan establecer conclusiones sobre la naturaleza interna de los actos realizados.

La teoría de la sujeción por lo que se ve, no constituye va, en modo alguno, por sí sola un medio suficiente para conocer el ámbito abarcado por aquella autoridad estatal que, conforme a la idea del imperio de la ley, exige una penetración a fondo por las normas jurídicas.27

No es solamente el Estado, en su calidad de sujeto de derecho, el que, merced al ropaje de derecho civil del que aparece revestido. ha logrado presentarse como un lobo envuelto en una piel de cordero. El derecho, regulando actividades económicas, conoce otros muchos casos de situaciones de carácter privado que implican para una de las partes contratantes una superioridad y un privilegio que le permite determinar por sí sola el contenido del contrato e imponer su voluntad.<sup>28</sup> Los contratos de tipo determinado y las cláusulas contractuales y comerciales de carácter general provenientes de las situaciones aludidas presentan el aspecto de reglamentos uniformes de una rigidez que en muchos casos supera la de las propias disposiciones emanadas de la autoridad estatal, sin que por ello dejen de ser considerados como contratos. Las relaciones contractuales privadas, en las cuales la intervención de determinados factores sociales virtualmente poderosos ha trastornado la relación de fuerzas entre las partes en forma tal, que de hecho existe una superioridad por lo que respecta a una de ellas en lugar de la situación de igualdad, aparecen frecuentemente penetradas de normas de derecho privado de obligatoria observancia o, en otros casos, el Estado ampara por medio de normas administrativas reguladoras de relaciones jurídicas que son de derecho privado, el interés colectivo o el interés de la parte contratante más débil.29

En los casos en que el Estado persigue fines de producción y de índole directiva en forma de actos de derecho privado, no se encuentra tampoco en el pleno disfrute de la autonomía privada, hallándose, en cambio, sometido, con arreglo a opiniones más recientes, a la obligación de obrar conforme a determinados princi-

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> H. Zwahlen: Zeitschrift für Schweizer Recht (Revista de Derecho Suizo)

<sup>1959,</sup> págs. 477 a y sig., 508 a y sig.

28 Hasta el punto que Georges Ripert en Les forces créatrices du droit pag. 271 y sigs. habla del "contrat forcé ou imposé" refiréndose con ello a los contratos de adhesiones (Contrats d'adhésions).

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> J. Darbellay: ZSR, 1955, pags. 122, 130 y sig.; Gustaf Radbruch: op. cit. pág. 39; F. Gygi: Interventionsrecht und Interventionsverwaltung pág. 75 y sig.: Privatrecht und Verwaltungsrecht, pág. 12 y sigs.

pios.<sup>30</sup> De aquí la denominación "derecho privado administrativo"

con que se designan esta clase de relaciones jurídicas.31

En resumen: la antigua división claramente establecida de la materia jurídica con arreglo a las relaciones de subordinación o de coordinación, según que la estructuración de las relaciones de derecho fueran debidas a la ley y al acto administrativo o al contrato. han perdido su valor enunciativo; en su lugar se está produciendo una confusión de las formas.32

En presencia de todo esto, la deficiencia que se hace perceptible al examinar la "teoría de los intereses" consiste en la mentalidad obstinada que refleja, con su visión unilateral de las cosas que hace girar todo alrededor de un solo polo. Cree necesario establecer una rigurosa separación entre las ventajas que depara el goce de los derechos individuales y las exigencias de la comunidad jurídica y además admite la posibilidad de que ésta consiga efectuar una selección sobre esa base. El interés individual y el interés colectivo se hallan en una relación tan compleja en muchos aspectos como es enrevesada en todos conceptos la figura, difícilmente accesible a la inteligencia humana, de la naturaleza social del hombre individual – sa destinée à la fois individuelle et sociale.33

En una sociedad libre bajo el imperio de la ley, la situación de los intereses individuales del hombre aislado ha de ser necesariamente considerada como parte integrante del bien colectivo.34 La ética social da, por consiguiente, a este respecto una interpretación distinta de la forma como se solía contemplar ese problema conforme al pensamiento jurídico; el bien individual y el bien colectivo no han de esforzarse solamente en mostrar aquello en que forman contraste, sino que han de procurar por todos los medios incorporar el interés individual al interés general,35 como función parcial de este último, de igual manera que el hombre en su calidad de indivi-

168 y sigs. y 289.

<sup>30</sup> Cfr. H. Huber ZSR (Zeitschrift für Schweizer Recht) 1955, pág. 181; Otto Bachof VVDSTRL ("Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer" (Publicationes de la Asociación de Professores Alemanes de Derecho Político) 12, (1954), págs. 61 y sig.; DVBI 1959 pág. 268; H. U. Evers: Verwaltungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs und Verwaltungstätigkeit (Obligaciones constitucionales en la actuación gubernativa y administrativa en materia fiscal), NJW 1960 págs. 2073 y sigs.; Z. Giacometti: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts pags. 107, nota 23.

31 H. J. Wolff: Verwaltungsrecht I, 3a ed. München: 1959, pags. 84 y sig.

32 Lerche P.: Rechtsprobleme der leistenden Verwaltung (Problemas de la administración productora) DÖV 1961, pags. 486 sigs. en particular 491. 33 L. Bagi: La garantie constitutionnelle de la propriété (Lausanne: 1965),

pág. 9.

34 Z. Giacometti: op. cit. pág. 100; H. Huber: Staat und Privateigentum, (Köln-Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1960), pág. 82; F. Gygi: Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, pág. 63.

85 F. Utz, Sozialethik (Etica social) I. págs. 129 y sigs., 144 y sigs., 150 y sigs.,

duo está adherido al cuerpo social. La comprensión de encadenamientos de tal sutilidad implica, empero, grandes exigencias por lo que respecta a capacidad y fineza de la facultad discriminatoria y de pensamiento. Lo mismo sucede con otros muchos conceptos jurídicos e instituciones de derecho, tanto más con aquellos que implican una aspiración a obtener soluciones a base de justicia e igualdad, tomando en consideración las diferencias personales. Con tal motivo se ha podido comprobar que el hombre muestra cierta preferencia por las escalas que se distinguen por su uniformidad aritmética y que mira con desconfianza toda escala establecida con referencia a elementos subjetivos. Además resulta eminentemente difícil lograr que los conceptos jurídicos y las instituciones de derecho sigan paso a paso las vicisitudes que implican la profusión y el caracter multiforme de la existencia humana y al propio tiempo administrar y legislar razonablemente. Al hablar de esto, abordamos tan sólo un pequeño sector de problemática fundamental del derecho que se suele evocar con los términos "justicia y seguridad jurídica".

Habíamos tomado, empero, como punto de partida la distinción entre derecho público y derecho privado, que en la época del constitucionalismo podía aplicarse satisfactoriamente con arreglo a la teoría de la sujeción y en virtud de características fáciles de reconocer. Hoy en día, es necesario buscar una delimitación de tipo substancial que no sea de índole formal. Porque el contraste, como tal, no ha desaparecido en modo alguno. La seguridad inherente a la sentencia judicial y la confianza inspirada por conclusiones sacadas de meras formas jurídicas quedan atenuadas en el Estado intervencionista. Lo mismo cabe decir, en términos muy generales, por lo que respecta a la invención de nuevas normas de derecho en cuanto sobrepasan el ámbito de las leyes que se refieran a la defensa nacional y al orden interno, todo lo cual es debido en parte a los efectos de la resistencia que el derecho regulador de las funciones dirigentes y de aquellas que implican prestaciones opone a la concepción normativa, pero en parte también, es imputable a la falta de experiencia en cuanto a la aplicación de este nuevo derecho.36

La imagen del Estado social moderno sugiere la suposición que es la propia comunidad la que efectúa de un modo inmediato las prestaciones en especie y las prestaciones de servicios de primera necesidad o realiza reparticiones de bienes a los particulares. Esto aparece reflejado en el contraste entre la administración que efectúa prestaciones y la administración mantenedora del orden al que suele recurrir la dogmática del derecho administrativo. Este primera impresión es, no obstante engañosa o refleja, todo lo más, de un modo incompleto las situaciones de hecho preestablecidas. Lo evidente es

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Z. Giacometti: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, págs. 203 y sig.

que el Estado intervencionista no se presta a divisiones en esferas de acción claramente demarcadas. Hay que tener presente, que las prestaciones no se efectúan ni se distribuyen de un modo inmediato por el Estado, sino que son ordenadas por el mismo, por lo que el Estado se ve dispensado de pagarlas de su patrimonio.37. Por ejemplo: Los arrendatarios de viviendas y los de predios agrícolas representan sendos grupos de personas favorecidas en la forma aludida con cargo a los intereses de otros grupos y, mientras subsistió la economía de guerra, hubo muchos casos de esa índole, sobre todo en materia de control de precios. Las leves concernientes a los carteles en Suiza están en buen camino para crear una obligación de hecho, o incluso de derecho, impuesta con carácter forzoso, de tratar por igual a todos los clientes, por lo que respecta a uniformidad de los precios y demás condiciones comerciales.38 Hans Merz v Max Kummer, en su condición de patrocinadores de un punto de vista dif'cilmente explicable que considera el derecho a la libre competición como un valioso atributo de la personalidad privada, se han negado con indudable acierto a reforzar esta posición jurídica hasta el extremo de imponer la obligación correlativa de establecer relaciones comerciales con el competidor, porque esto implicaría la paradoja de sacrificar la autonomía privada de uno de los interesados en beneficio de la del otro. Entretanto, y a pesar de todo, no se ha podido evitar que germine la mala hierba.38

En la legislacion que regula la economía privada están muy generalizadas las disposiciones por las que se impone la adquisición de productos del país a precios determinados que además se hallan reforzadas mediante restricciones a la importación. Respecto de las situaciones jurídicas privadas, el Estado actúa para el cumplimiento de sus objetivos de control social y económico en forma distinta de como se hacía según los puntos de vista sustentados por el liberalismo clásico, es decir, que no acude únicamente a la prohibición de índole represiva, sino asimismo a ofrecimiento de realizar trabajos o prestaciones. Esto implica, a su vez, necesariamente una transformación interna de la situación jurídica privada, evaluada en todo caso con arreglo a las ideas con las que estamos familiarizados.

38 E. Hirsch: Kontrolle wirtschaftlicher Macht (La supervigilancia del poder económico) págs. 44 y sigs.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> K. Spiro, ZbJV 88, págs. 530 y sig.; Dr. M. Petermann: Die Grenzen der Mitwirkung der privaten Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben (Las limitaciones impuestas a la participación de las asociaciones privadas en el cumplimiento de finalidades de interés público) págs. 99 y sig.

<sup>39</sup> Merz H.: SJZ 1956 pág. 322; Kummer M.: Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, (Bern: Stämpfli & Ci., 1960), págs. 88 y 121; ampliación: BGE (Resoluciones del Tribunal Federal Suizo) 86 II 373 Resolución 3. Desechenaux H.: Wirtschaft und Recht (Economía y derecho) 1961 pág. 161. 40 K. Spiro: op. cit. págs. 530 y sig.; M. Petermann: op. cit. págs. 98 y sig.

II

En el clamor por la legalidad de la Administración va realmente comprendido todo aquello que se considera incluído en el concepto de "imperio de la ley", toda vez que esta máxima – tal como se interpreta habitualmente – o presume la existencia de una serie de postulados esenciales, o los abarca implicitamente. La ley, que tiene por misión garantizar la juridicidad del hecho administrativo, funda su actuación – alternativamente – en configuraciones ideológicas, ora de inspiración predominantemente democrática (legislativo-estatal), ora informadas preponderantemente en principios liberales. La compresenta de la compres

La idea de legalidad en sí misma suele infundir por doquier tal sentimiento de superioridad que todo aquel que se tome la molestia de reflexionar acerca del origen y de las posibilidades actuales de aplicación efectiva de dicho principio se expone a hacerse sospechoso de no estar adherido con suficiente firmeza a los postulados fundamentales del imperio de la ley. Resulta, empero, que sin esta mirada retrospectiva hacia los verdaderos fundamentos es casi imposible superar los contrastes que precisamente no pueden va ocultarse si se pasa a examinar el problema de la posición en que se encuentra la Administración con respecto a las normas jurídicas. La doctrina y la práctica en materia de derecho publico y administrativo no podrán va aceptar perdurablemente sin detrimento esa incertidumbre acentuada que subsiste en relación con uno de los problemas fundamentales, tal como la cuestión referente al alcance del principio de legalidad, sin proceder a un examen a fondo de las causas determinantes. A este respecto, interesa puntualizar que, para los unos, el concepto "administración" no significa meramente "ejecución de la ley" - en la acepción más estricta de estos términos - sino "aplicación del derecho", aún cuando en muchos casos se trate de una aplicación del derecho efectuada de un modo inconsciente. 43 Para los otros, son contados los casos en que la actuación de los funcionarios

<sup>41</sup> Cfr. Z. Giacometti: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, págs. 226 y sigs.; G. Roos: Der Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts; Berner Festgabe 1955 (El principio de la Administración adaptada a la legalidad y su importancia para la aplicación del derecho administrativo; publicación jubilar, Berna 1955) págs. 117 y sigs.; Werner Kägi: Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1948 (Sobre el desarrollo del Estado de derecho suizo a partir de 1948) ZSR 1912, págs. 173 y sigs.

 <sup>42</sup> Cfr. E. Hohnn: Gewohnheitsrecht und Verwaltungsrecht (Derecho consuetudinario y derecho administrativo), (Bern: Stampfli & Cie., 1960), págs.
 19 y sigs.
 43 Z. Giacometti: op. cit. págs. 46 y sigs. y 53 y sigs.

administrativos se eleva al nivel de la aplicación del derecho.44 Entre ambos puntos de vista expuestos se extiende un amplio campo experimental que permite desenvolver opiniones de las modalidades mās diversas.45

Para no perder la conexión con el contexto y conscientes del riesgo de promover nuevas y acerbas críticas, limitaremos el ámbito de nuestra ojeada formulando unas preguntas que, por razón de sus

efectos, pareceran tal vez un tanto atrevidas:

¿ Es qué verdaderamente cabe atribuir de un modo exclusivo a la falta de eficacia de los órganos legislativos la crisis tan grave que atravesa el Estado intervencionista con motivo de su inadaptación al principio del imperio de la ley. ¿ Es que las instituciones fundadas sobre el principio de legalidad nos niegan sus servicios por el solo motivo de que hemos perdido la vocación de creadores de derecho?

¿ Es que verdaderamente, no cabe hacer otra suposición? A saber, que la legislación y todo aquello que de ella depende sólo puede cumplir de un modo eficiente la misión que constituye su razón de ser, en tanto que, habida cuenta también de las circunstancias de lugar, la naturaleza de la situación sociológica y el objetivo asignado a la creación del derecho, correspondan efectivamente al estado de cosas preexistente que determinó la formación de leyes ideales. La aserción de que el liberalismo de la primera época era propicio a la formación del derecho es, en efecto, algo tan cierto como el hecho de que fueron vicisitudes fatalmente imperiosas de la evolución social las que motivaron que el estado de cosas propio del "laissez faire", hubiera de ser relevado por la necesidad de la intervención del Estado en cuertiones sociales y económicas.

Y ahora cabe preguntar: ¿ Cuál es la trascendencia de esta situación, considerada en su género como completamente nueva, con respecto al principio de legalidad? La ley está ideada para desempeñar las funciones de regulador de situaciones y procesos sociales. En esto radica precisamente el sentido de la legislación moderna, 46 en la acepción que atribuyen a este concepto los principios que rigen el Estado de derecho, sean de inspiración liberal o democrática las configuraciones ideológicas que hayan servido de base a la misma.

<sup>45</sup> Para indicaciones útiles a este respecto, véase K. Eichenberger: op. cit.

<sup>44</sup> Horst Ehmke: "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff", en Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart (Las nociones de "arbitrio" y de "concepto jurídico indeterminado" en el Estado y en el derecho a través de la Historia y en la actualidad), (Tübingen, 1960), No. 230/31, págs. 40 y sigs., en particular, pags. 45 y sigs. Cfr. K. Eichenberger: Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem (La independencia judicial considerada como problema de derecho político) págs. 179 y sigs.

págs. 174 y sigs.

46 BGE. 86 I 316; Z. Giacometti: op. cit., págs. 5 y sigs.; Ch. F. Menger: Verwaltungsarchiv (Archivos de la Administración) 1961, pág. 197.

Ahora bien, las procesos sociales que la ley se propone conformar adecuadamente determinan, a pesar de todo, de un modo fatal y necesario la forma y el contenido de la propia ley, toda vez que a estos efectos subsiste inevitablemente una relación entre el fin v los medios. Sólo cuando la ley consigue adaptarse al objeto, al que se propone dar forma, puede lograr transformarse en un instrumento de orden verdaderamente valedero. La ley no debe, por consiguiente, considerarse en ningún caso como una figura teórica del pensamiento, cuya estructura y naturaleza fuesen susceptibles de ser determinadas "a priori" mediante una definición de las ciencias sociales. La forma y el contenido de la ley no aparecen fijados en ningún momento de un modo definitivo.47 Más aún, puede incluso darse el caso de que determinados objetivos sociales se muestren completamente reacios a toda penetración normativa, de manera que todos los esfuerzos del legislador no consigan crear otra cosa que leves meramente ficticias. La concepción ideológica del orden según la escuela liberal se alimentaba, en principio, de la esperanza que se produciría un estado de cosas ideal sólo con que el Estado elevase sus manos en signo de protección por encima de las situaciones de derecho privadas, siendo así, que en el estado de cosas actual, se espera por doquier de la Administración que corrija procesos sociales nada satisfactorios. De aquí proviene la impresión - desgraciadamente justificada - que, en realidad, a juzgar por sus manifestaciones, el legislador de nuestros días no logra tener sólidamente controlada la Administración intervencionista conforme lo dejan ver sintomáticamente determinados conceptos expresados en forma harto pretenciosa, pero carentes de contenido.48

La adaptación a los principios que rigen el imperio de la ley - al menos, tal como nos es familiar - aparece, no obstante basada en la capacidad de rendimiento del Estado y del derecho.

El postulado de legalidad ha sido formulado de un modo estereotipado por Fritz Leiner por medio de la perífrasis plástica "la Administración que actúa por impulsión y dentro de los límites establecidos por la Ley". La idea de la supremacía de la ley, que desde hace poco, se propone dotar simultáneamente a la fórmula reiteradamente reproducida de la Administración adaptada a los principios que rigen el Estado de derecho, mediante una justificación democrática, de un campo de aplicación que abarque y supere el ámbito de la fórmula de intervención liberal, se basa en la conformidad de la función de aplicar la ley a la función de crear la ley.49 La

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> H. W. Kopp: op. cit. págs. 660 y sig.

<sup>48</sup> Cfr. Eichenberger: op. cit. págs. 176 y sigs.
49 F. Gygi: Aufgabe und Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit beim Uhrenstatut (Cometido y límites de la jurisdicción administrativa en el estatuto de la relojería), Revista "Wirtschaft und Recht" 1956 págs. 134 y sigs. y otras referencias en dicha Revista; D. Jesch: Unbestimmter Rechtsbegriff und

cuestión acerca de si la función de aplicación de la ley, considerada como la transposición de reglas abstractas a hechos efectivamente realizados, exige e implica en sí misma una derivación puramente lógica, o si, por el contrario, el cumplimiento del cometido de la ley constituye una operación que reviste por sí sóla alguna importancia, ejecutada por un poder del Estado que tiene vida propia, es un problema cuya solución puede quedar diferida, por ahora, sin inconveniente alguno. Con la ejecución de la ley dentro del ámbito de la Administración no debe quedar, empero, completamente terminado todo procedimiento, sino que habrá de darse todavía la posibilidad de que la aplicación del derecho por la Administración sea objeto de un nuevo examen por un organismo judicial.<sup>50</sup> La jurisdicción administrativa que, desde el punto de vista funcional, constituye a su vez un proceso de aplicación del derecho, implica en realidad el acabamiento del imperio de la ley.<sup>51</sup> Con ella queda éste elevada a la categoría de Estado de vías de derecho o Estado jurisprudencial. Bajo el concepto "principio de legalidad" ha de entenderse - y esto aparece simbolizado por la institución de la jurisdicción administrativa - una legalidad de las relaciones sociales susceptible de ser controlada, sobre la cual el juez esté en condiciones de ejercer funciones de supervigilancia.52

La justiciabilidad, que se echa de menos en las leyes del Estado intervencionista, o de la que éstas sólo aparecen, en todo caso, dotadas de un modo fragmentario y parcial, dio lugar a que, al primer momento, la particularidad de este derecho de un género completamente nuevo lograse penetrar en la conciencia de la jurisprudencia dogmática y que, al poco tiempo, surgiesen dudas acerca de la aplicabilidad del tradicional principio de legalidad. Al principio, las miradas se limitaban principalmente a observar los aspectos de la crisis revelada por esos síntomas. En los primeros tiempos, no

Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungs-rechtlicher Sicht (El concepto indeterminado del derecho y el arbitrio administrativo desde el punto de vista jurídico-doctrinal y jurídico-constitucional): en la Revista "Archiv des öffentlichen Rechts" tomo 82, págs. 240 y sigs.; Z. Giacometti: op. cit. págs. 5 y sigs.; BGE 86 I 316.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Walther Burkhardt sustentaba un criterio distinto a este respecto, lo cual aparece más consecuente, si se contempla desde el punto de vista representado por la tesis de la aplicación pura del derecho. Para dicho autor, la jurisprudencia y la administración son dos formas de aplicación del derecho, debiendo cada una ellas garantizar la perfecta ejecución de la ley; por ello considera que, por lo menos, la jurisdicción administrativa aparece, a su modo de ver como una institución de la cual cabe, en buena lógica, prescindir.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Z. Giacometti: op. cit. pág. 461; Fritz Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts (Instituciones de derecho administrativo alemán) 8a edición pág. 247.

ción, pág. 247.

52 E. R. Huber: Wirtschaftverwaltungsrecht (Derecho administrativo de la économía), (Tübingen: 1953-1954, 2a Edición), tomo II, pág. 663; Z. Giacometti: op. cit. págs. 21 y 274 y sigs.

se llegaron a practicar ulteriores indagaciones acerca de lo que había en el fondo de ese estado de cosas tan poco satisfactorio.

Bajo el concepto "justiciabilidad de las normas jurídicas" se entiende la necesidad de que el contenido de toda formulación legal posea determinadas cualidades para ser valedera a los efectos judiciales. Existe pues un encadenamiento lógico de naturaleza objetiva entre el principo de legalidad y la jurisdicción administrativa a través del concepto y del contenido de la ley. El funcionamiento de las vías de derecho depende de que el legislador haya emitido en precepto jurídico susceptible de aplicación judicial. La creación del derecho deberá necesariamente haber alcanzado cierto grado de perfección y de determinación para que pueda ser invocada ante los tribunales de justicia, sin que por ello la actuación judicial quede reducida a una imponderable operación de naturaleza netamente intelectual 53 como es la subsunción efectuada en pura lógica jurídica.<sup>55</sup> El legislador se ve obligado a tener ya previamente formulado, al menos a grandes rasgos, el contenido de la ley, a la que el juez habrá de dar ulteriormente su estructura definitiva en el caso individual o, de no hacerlo así, deberá renunciar desde el primer momento - como se hacía con arreglo al criterio del liberalismo clásico - a ejercer una influencia determinante. Hans Huber ha logrado definir en términos adecuados esta conexión objetivamente condicionada entre la calidad de la ley y el control judicial, mediante la explicación siguiente: "Una provision legal no adquiere, en efecto, la calidad de justiciable por el mero hecho de que sea transmitido a los tribunales para su aclaración, sino que tiene que poseer la calidad de justiciable, para poder ser transmitido a los tribunales".55

La explicación de la línea divisoria entre el precepto jurídico valedero para los tribunales y el enunciado del poder legislativo inadecuado para el control judicial, ha de buscarse evidentemente en la naturaleza distinta de las dos funciones del Estado, de una parte la legislación y de otra la jurisprudencia, que se hallan unidas entre sí por el nexo que constituye la ley. Con referencia a las leyes de la intervención del Estado liberal en materia social, el rasgo característico consiste, según todas las apariencias, en que la creación del derecho por los órganos legislativos es considerada como una actividad eminentemente política, es decir, jurídico-política, considerándose, en cambio, la función jurisprudencial como una actividad

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> F. A. Freiherr von der Heydte: Richterfunktion und Richtergesetz (Función judicial y ley judicial); memoria conmemorativa de Jellinek, pág. 498.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> K. Eichenberger: Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem (La independencia judicial como problema de derecho político) págs. 178 y sigs, 183 y sigs, y 204 y sigs.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> H. Huber: Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie (Libertad de industria y libertad de propiedad) en publicación jubilar en honor de Max Gutzwiller pág. 552; K. Eichenberger: op. cit. págs. 179 y sigs.

que, a su vez, presenta un marcadísimo caracter apolítico. 56 A través de la norma jurídica debe poderse transformar una aspiración política en una regla de conducta tangible y determinable.<sup>57</sup> Cuando no llega a verificarse esa transformación, se ve reducido todo el contenido de la forma legal externa a la mera fijación de un objetivo político que, de momento, permanece incumplido. Con ello se le impone a la justicia una carga manifiestamente excesiva, al confiarle un cometido extraño a su naturaleza, desde el momento en que se le transmite de esta forma una resolución de caracter político para que la perfeccione y ejecute. En este sentido, la expresión que designa a las leyes de la intervención social y liberal como legislación de política económica hace resaltar con toda objetividad la contradicción interna de que adolecen las disposiciones oficiales de este género. Son aspiraciones de índole económico-política envueltas en vestimenta propia de leves, a las cuales el legislador se ha abstenido de dar aquella estructura que las hubiera convertido en valederas a los efectos judiciales. 58 Las leves de esta índole no son, en sí mismas, adecuadas para poner en marcha el mecanismo de la actuación judicial, basada esencialmente en un perfecto conocimiento de causa, toda vez que carecen de la determinación precisa en cuanto a la actitud a seguir, sea en lo concerniente a los fines, sea por lo que respecta a los medios.<sup>59</sup> Y por cierto, el Tribunal Federal de Suiza ha denegado reiteradamente por tal motivo, en procedimientos promovidos en vista de concesión de audiencia sobre proyectos de leyes en materia político-económica, la arrogación de las correspondientes atribuciones jurisdiccionales, aunque esto no haya resultado siempre eficaz.60

Las consideraciones que anteceden nos dan motivo para examinar más de cerca la imagen de la estructura del precepto legal económico-político. A este propósito seleccionamos varias disposiciones reproducidas literalmente de las correspondientes leyes o proyectos

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> H. Huber: op. cit. págs. 552 y sigs.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> F. A. Freiherr von der Heydte: Gedächtnisschrift Jellinek (memoria conmemorativa de Jellinek) págs. 498 y sig.; H. Huber: Das Staatsrecht des Interventionismus (El derecho político del intervencionismo) ZSR 1951 págs. 192 y sigs

y sigs.

58 F. Gygi: Aufgabe und Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit beim Uhrenstatut (Objeto y límites de la jurisdicción administrativa en el estatuto de la relojería); en la revista "Wirtschaft und Recht" (Economía y Derecho) 1956, págs. 134 y sig.; K. Eichenberger: op. cit. págs. 179 y sigs. y 184 y sig.

59 Cfr. K. Eichenberger: op. cit. págs. 93 y sigs., 123 y sigs. y 129 y sigs.

60 Cfr. W. Schaumann ZSR 1957 págs. 456 y sig.; BBl. (Hoja Federal), 1950,

<sup>60</sup> Cfr. W. Schaumann ZSR 1957 págs. 456 y sig.; BBl. (Hoja Federal), 1950, III, pág. 95 y sig.; informe de la comisión de expertos sobre la ley de carteles pág. 32 y sig.; y la observación de F.A. Freiherr von der Heydte, Gedächtnisschrift Jellinek, pág. 504 y sig. en la que dice: "Los políticos creen poder establecer un freno accionado por una señal de alarma, creando a estos efectos una desembocadura en la vía judicial, cuando no logran alcanzar por los medios que la legislación les ofrece, el objetivo que se proponen conseguir".

de leyes para tener a la vista elementos materiales concretos tomados de la realidad.

Cualesquiera de esos ejemplos conducen a la comprobación sorprendente de que el mandado de intervención conferido a la Administración aspira a obtener un resultado muy parecido a aquel que debió haberse logrado por sí solo con arreglo a las suposiciones sobre el presunto funcionamiente automático del liberalismo. Así, por ejemplo, dice la Ley sobre Agricultura: 61

"Art. 18: Las disposiciones del presente capítulo (arts. 19 a 31) habrán de aplicarse, en consideración a las circunstancias impuestas por la naturaleza, en forma tal, que la producción agrícola nacional garantice hasta donde sea posible el abastecimiento del país y sea proporcionada a la capacidad receptiva del mercado interior y suficiente para atender a las posibilidades de la exportación".

Otros preceptos tienden a establecer un equilibrio entre la producción interior, la oferta proveniente de la importación y la demanda inherente al consumo. Esto explica que, a su vez, una de las disposiciones fundamentales de caracter económico-político de la Ley sobre Agricultura, cuyos términos han sido reiteradamente reproducidos en los decretos dictados para ejecución de la ley, aparezca redactado como sigue (Artículo 23, párrafo 1 y párrafo 2, frase primera):

"1) En tanto que, por efecto de la importación, se viere amenazada la venta de productos agrícolas a precios que se reputen adecuados con arreglo a los principios fundamentales de la presente ley, el Consejo Federal, tomando en consideración los intereses de las demás ramas de la economía nacional, estará facultado:

a. para limitar, en cuanto a su volumen, la importación de productos similares

b. para imponer recargos arancelarios sobre la importación de productos similares cuyo volumen sobrepase determinadas cantidades;

- c. para imponer a las importadores la obligación de adquirir productos similares procedentes del país y de calidad usual en el comercio, en proporción prudencialmente exigible con respecto al volumen de las importaciones respectivas. y para adoptar las medidas partinentes y dictar las disposiciones oportunas a esos efectos.
- 2) Si para la utilización de determinado producto agrícola del país surgiere, por efecto de la importación de un producto no similar, una concurrencia que no fuere posible conllevar por más tiempo, podrán adoptarse con carácter transitorio disposiciones derogatorias al principio de similitud establecido en párrafo 1".

En todos estos casos, lo que realmente se le confiere a la Administración es un mandato de planificación economica. La incorporación de la función de planificación a la armadura de las

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Art. 18 de la Ley Suiza del 3 de octubre de 1951 sobre agricultura.

instituciones del imperio de la ley es, empero, algo que hasta la fecha no se ha logrado realizar, a pesar de que el intento de penetración dogmática en este fenómeno ha quedado por lo pronto limitado a las formas de planificación relativamente sencillas, con exclusión de los planes económicos más complicados aludidos en este lugar. 62 Con arreglo a los conocimientos debidamente madurados hasta la fecha, se observa en la planificación un propósito manifiesto de crear un ordenamiento que tiende a coordinar una serie de medidas y una multiplicidad de situaciones inherentes a los intereses respectivos en virtud de una orientación uniforme hacia determinada finalidad, haciendo resaltar al propio tiempo la peculiar interdependencia y la mutua conexión indisoluble entre los distintos elementos individuales reunidos en el ámbito del plan. La imposibilidad de dar algo a alguien, sin quitárselo a otro de los copartícipes encerrados dentro del ámbito del plan, implica una relación de interdependencia que era totalmente desconocida para la ley concebida según el criterio del liberalismo. De aquí deriva a su vez la consideración de que la protección jurídica debería ya poder intervenir antes de que el plan quedara fijado de un modo definitivo, toda vez que, debido al envolvimiento impuesto por las circunstancias, de cuantos se hallan interesados en la ejecución del plan, toda modificación que subsiguientemente intervenga en la situación así creada está llamada a producir complicaciones insuperables. La ejecución del mandato de intervención da lugar - por lo que se ve, en el aspecto jurídico - a que se establezcan planes o disposiciones generales (por ejemplo, fijación de precios), formas jurídicas que no son susceptibles de ser comprendidas entre las normas, ni entre los actos aislados, puesto que se sitúan fuera del ámbito de la concepción liberal de la creación y de la aplicación del derecho.63

A estas consideraciones ha de añadirse que todo aquello que se halla en conexión con la planificación de la economía, está implicado en un proceso evolutivo imposible de detener, que no es susceptible de ser considerado aisladamente en su aspecto personal, ni el objetivo.

Dentro del dirigismo económico, el respeto a la legalidad en su acepción tradicional, conforme a los principios que rigen el Estado de derecho, dependerá de que el legislador puera formarse previsoramente una idea fidedigna acerca del futuro desarrollo que una rama determinada de la economía national está en vías de alcanzar,

<sup>62</sup> M. Imboden y K. Obermayer: Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut (El plan considerado como institución de derecho administrativo) en Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 18 págs. 113 y sigs. y votos particulares de los Sres. O. Bachof (pág. 192 y sig.) y J. Kaiser (pág. 194 y sig.) y otros.

y sig.) y otros.

63 E. Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts (Tratado de Derecho Administrativo) págs. 70 y sig.; Z. Giacometti: op. cit. pág. 343, nota 47.

de cuales hayan de ser las medidas adecuadas y de la forma en que se ha de proceder a la dosificación de estas últimas al efecto de lograr y mantener el estado social apetecido. El poder legislativo deberá además hallarse en condiciones de prever los elementos perturbadores y los efectos secundarios sobre los diversos grupos de actividades económicas, con el fin de poder preparar para su eventual aplicación los correctivos adecuados, al menos, hasta tanto se desee o, incluso, se esté obligado a perseverar en el propósito de que el respeto a la legalidad de la Administración permita a las funciones estatales que sean objeto de ulteriores ordenamientos derivar las normas que han de regir su conducta de las normas generales preestablecidas por el legislador.

Esto explica a pesar de todo, que una legalidad del dirigismo económico esté condicionada por un perfeccionamiento de la economía planificada fundado en postulados de la ciencia económica, llevado a efecto en pequeña escala. 64 Al propio tiempo, se advierte que la ley del Estado liberal, lo mismo, por cierto, que la ley que rige la economía planificada, estaba destinada para surtir efecto en el futuro.65 pero que, al propio tiempo, las pretensiones acerca de las posibilidades de efectuar cálculos de predicción en materia social y económica difieren grandemente. Para el liberalismo, la lev confiaba en último término en una justicia emanada de criterios de legalidad extrajurídicos. En cambio, la intervención estatal moderna se ve precisada, apoyándose en la interpretación materialista mecanicista de la Historia, a hacer valer su aspiración a un dominio sobre los acontecimientos venideros 66 o a la regulación de desarrollos económicos de conjunto. 67 Es aquí donde también radican las causas determinantes de que los criterios en que tradicionalmente están inspiradas las normas jurídicas se echen de menos en la ley reguladora de procesos sociales y económicos y no puedan nunca considerarse como propios de esta última. Si la carencia en este terreno de una igualdad de trato generalizada se evidencia en tan alto grado. no es únicamente imputable a que se atribuya una importancia

<sup>64</sup> Cfr. F. Gygi: Aufgabe und Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit beim Uhrenstatut; Revista "Wirtschaft und Recht" 1956, pág. 134 y sig. Friedrich Lenz: Politische Oekonomie in unserer Zeit in Recht und Staat (La economía política en nuestros días en el Estado y en el derecho) 215/216, págs. 17 y sigs., dice a este respecto: "La naturaleza del objeto no posee, por consiguiente, para su conocimiento y para saber el modo de tratarlo ninguna determinación absolutamente verídica y exactamente previsible, ni nos obliga a una indeterminación carente de toda ley propia de un relativismo absoluto."

<sup>65</sup> M. Imboden: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtlehrer 18, pág. 116 y sig.; K. Obermayer: ibid. 18 pág. 154.

66 H. W. Kopp: Inhalt und Form der Gesetze (Contenido y forma de las leyes)

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> K. Obermayer: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 18, pág. 148.

mayor de la que corresponde a las desigualdades que de hecho existen o que incluso se produzcan artificialmente, ante el deseo de justificar el derrocamiento de contrastes sociales. 68 Esto permitiría meramente explicar por qué se suelen ver desplazadas reglamentaciones de validez general por ordenamientos aplicables tan sólo a grupos determinados o de carácter especial. La imposibilidad de abarcar con la vista los cambios de situación impide de antemano establecer leyes que tengan un valor perdurable o, en todo caso, sólo permite formularlas a costa de cláusulas de autorización harto imprecisas que no crean ningún auténtico vínculo obligacional para la Administración 69

Otras medidas de política económica ejercen una influencia inmediata sobre la formación de los precios (ejemplo: control de precios, estabilización de precios) o son dirigidas a prevenir la especulación de precios. A este respecto, cabe citar dos ejemplos (el artículo 3 del proyecto de ley federal suiza sobre el control de los precios de arriendo en la agricultura; el artículo 45 de la Ordenanza General de la Agricultura de Suiza).

"Art. 3. Determinación del precio del arriendo.

2) El precio del arriendo deberá ascender por regla general a un  $4\frac{1}{2}$  por ciento del valor de rendimiento. Podrá concederse un aumento de un 20 por ciento como máximo, siempre que aparezca justificado por haber intereses del arrendador merecedores de especial proteccion o por otros motivos calificados; al propio tiempo, habrán de tenerse equitativamente en cuenta la situación del arrendatario.'

- Art. 45 de la Ordenanza General de la Agricultura.

  "1) Las medidas previstas en la presente Ordenanza habrán de ponerse en práctica en forma tal, que los productores puedan alcanzar para productos agrícolas de buena calidad precios que lleguen a cubrir el promedio de los gastos de producción de explotaciones agrícolas racionalmente dirigidas y emprendidas en condiciones normales, correspondientes a varios años consecutivos, por regla general, de tres años."
- "2) Además deberá obtenerse, dentro del marco de lo establecido en el párrafo 1 que antecede, en los ramos de explotación agrícola más importantes un rendimiento económico cuyo promedio sea aproximadamente el mismo en el curso de varios años, en tanto que los productores tomen debidamente en consideración las condiciones impuestas por la naturaleza, las necesidades del abastecimiento del país y las posibilidades del mercado a los efectos de lo establecido en los artículos 18 y 19 de la ley."

El precio justo (pretium justum) constituye, no obstante, una magnitud que no es susceptible de ser reproducida en normas jurídicas. Esto fue proclamado por Max Weber como una verdad incuestionable. Una aserción análoga fue formulada originariamente por la Comisión Federal de Formación de Precios con referencia al in-

<sup>68</sup> H. W. Kopp: op. cit. págs. 572 y sigs., pág. 611.

<sup>69</sup> H. W. Kopp: op. cit. pags. 575 y sigs., 579 y sigs., 583 y sigs.

forme sobre los carteles.<sup>70</sup> En particular, toda referencia retrospectiva a presuntas indemnizaciones, tales como las que hubieran podido originarse en determinada situación hipotética del mercado (p.e. en los casos de limitaciones impuestas a la concurrencia) representa una evaluación puramente subjetiva que no es asequible a un nuevo examen.<sup>71</sup>

Las disposiciones dictadas en materia de precios permiten, por consiguiente, percibir con particular relieve los problemas relacionados con la justicia distributiva. En tanto que la legislación moderna sobre cuestiones económicas se preocupa en consecuencia de la especulación, esto se efectúa en la mayoría de los casos renunciando someramente a todo intento de fijación de conceptos.<sup>72</sup> Una comisión de expertos del Consejo Federal Suizo se ha visto, no obstante, obligada recientemente a ocuparse de dar una definición de la especulación sobre bienes raíces y de hallar medidas adecuadas para combatirla. Dichos expertos se pusieron de acuerdo para establecer de consuno la definición siguiente de la especulación: 73 "Compra o venta con ánimo de lucro de predios y de derechos susceptibles de facilitar la adquisición de la propiedad de los mismos, con el objeto de beneficiarse del aumento de precio que se produzca en el intervalo que medie entre la adquisición y la enajenación, o a los fines de aplicación lucrativa de su rendimiento, siempre que la ganancia no se mantenga dentro del margen regularmente admitido a esos efectos en el comercio o resulte ser meramente suficiente para compensar la disminución del valor adquisitivo de la moneda." A este respecto, interesa recordar una recientísima sentencia de la Suprema Corte Suiza, en la que se dice: "Todo aquel que compra una extensión de tierra que, de momento, esté aun afectada a una explotación agrícola, pero que reúna ya las condiciones requeridas para la construcción de edificios y se halle debi-

<sup>70</sup> Max Weber: Wirtschaft und Gesellschaft (Economía y Sociedad), (Tübingen: Mohr, 1956), págs. 384 y sig.; M. U. Rapold: Demokratie und Wirtschaftsordnung (Democracia y ordenación económica), Zürich: Poligraphischer Verlag A.G. 1959), pág. 47, pag. 150, pag. 150,

A.G., 1959), pág. 47, nota 102 y pág. 150, nota 15; E.P.K. pág. 159.

Ti EPK (Eidgenössische Preisbildungskommission – Comisión Federal de Precios), pág. 159. Es asimismo discutible todo intento de pretender evaluar contingentes a base de la conformación que hubiera adquirido la participación en el mercado en el supuesto de una liberación ficticia de la importación y de la exportación. No resulta consecuente mantener la necesidad de corregir el "juego libre" tomando, no obstante el módulo para evaluar esa misma corrección del propio "juego libre" que se desecha.

 <sup>&</sup>lt;sup>72</sup> Art. 19, párrafo 1, letra a EGG, proyectos para una resolución del Consejo Federal sobre obligatoriedad de autorización para transferir bienes raíces a personas residentes en el extranjero. Art. 6, párrafo 2 (BBI, 1960 II, pág. 1291).
 <sup>73</sup> Hugo Sieber, Die Diskussion über den Expertenbericht betreffend die Bekämpfung der Spekulation (La discusión sobre el informe de los expertos acerca de la lucha contra la especulación) en Revista "Wirtschaft und Recht" 1960, págs. 267 y sigs.

damente acotada, especula de un modo manifiesto, conforme al criterio sustentado por el Tribunal Supremo, aun cuando el Tribunal Federal confie en la promesa del interesado en vista de las garantías ofrecidas, de que no ha de vender las casas, teniendo, por el contrario, el propósito de conservarlas.<sup>74</sup>

El ejemplo enunciado aporta una aclaración acerca de la extensión y la naturaleza de los márgenes de discrecionalidad de que disponen los jueces y la Administración apoyándose en conceptos

jurídicos indeterminados.

En lo concerniente a los medios destinados a prevenir la especulación, los expertos han llegado a la convicción de que todas las medidas posibles que puedan idearse para combatir la especulación sobre bienes raíces son de una eficacia meramente limitada. Como única medida que implica una intervención verdaderamente soberana proponen la introducción de un período de inalienabilidad de tres años durante los cuales quede prohibida toda nueva enajenación de terrenos aptos para la construcción en los que no se haya erigido ningún edificio. 75 Es verdaderamente extraño que no se llegue a proponer la institución de una facultad de promover oposición tendiente a excluir del ámbito del derecho inmobiliario agrícola toda adquisición efectuada con fines especulativos. Esto confirme, en el fondo, que los criterios que sirven de base para la determinación de los conceptos no permiten en la práctica establecer una discriminación entre la intención de adquirir con fines especulativos y la intención de adquirir que no persigue tales fines, al efecto de impedir toda compra del género aludido, por lo que es forzoso limitarse a dilatar las posibilidades de reventa.<sup>76</sup> En otro lugar de este mismo artículo hubimos ya de sentar la afirmación de que los hechos constitutivos de una actitud criticable desde el punto de vista social se sitúan fuera del alcance del derecho, en tanto se refieran a intenciones merecedoras de reprobación.77

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> BGE (Resoluciones del Tribunal Federal Suizo), 87 I 239, Resolución No. 4.
<sup>75</sup> Merece ser tenido en cuenta que – con la sola excepción de ciertas limitaciones de índole general al establecimiento de gravámenes solicitadas por una minoría – todas las demás proposiciones de los expertos se limitan a meras recomendaciones sobre medios de promover reacciones indirectas que van dirigidas a las autoridades (política agraria de gran alcance) o a entidades particulares no interesadas directamente (reserva en la política de concesión de créditos inmobiliarios por parte de los Bancos).
<sup>76</sup> Cfr. BGE (Resoluciones del Tribunal Federal Suizo), 83 I 313.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> F. Gygi: Interventionsrecht und Interventionsverwaltung (Derecho de intervención y administración interventora) págs. 56 y sigs. El desenvolvimiento de los precios de las tierras utilizadas para la agricultura en zonas destinadas a la edificación de fincas urbanas prosiguen en los alrededores más o menos inmediatos de las ciudades y localidades de alguna importancia, como asimismo de las zonas de veraneo y de lugares de descanso de un modo tan ininterrumpido e impetuoso, que, por ejemplo, hasta el tradicional y respetable derecho de heredamiento, establecido a favor de los campesinos contribuye

A las dificultades inherentes a la comprensión, de la intervención estatal en cuestiones sociales en sus aspectos conceptuales, se añaden ulteriormente los obstáculos propios del esclarecimiento comprobatorio de la situación de hecho que será necesario calificar. La regulación de la economía se refiere, en efecto, con harta frecuencia a situaciones de conjunto de ramas enteras de la actividad productora y requiere además en muchas ocasiones tomar en consideración otros grupos de actividades económicas e incluso la economía en conjunto. Una materia de esta índole se muestra en la mayoría de los casos completamente refractaria a amoldarse a las normas de derecho procesal o a los dictados de la jurisprudencia, 78

Cada vez que en determinados ramos de la economía o grupos profesionales comienza a dibujarse una situación crítica, se oye una llamada de protección en forma de aquello que la doctrina de la economía política ha venido en denominar intervención estatal para mantenimiento de la estructura económica. El esfuerzo va encaminado a proteger las empresas que actúan en el ramo de producción respectivo contra todo proceso eliminatorio que pueda producirse por efecto de la concurrencia o a retener la concentración horizontal – (es decir, la compra de todas las existencias independientes y

cada día y con mayor frecuencia a permitir que el adjudicatario, que por consideraciones de orden social se ve favorecido en cuanto al precio, vea el valor de rendimiento, que le había sido fijado en virtud de una tasación equitativa, convertido en el precio de un terreno para construcción de fincas urbanas ascendente al céntuplo (o incluso a un múltiplo más elevado) del sudodicho valor, al propio tiempo que los coherederos que han percibido en tiempo oportuno la compensación establecida por la ley carecen de todo derecho a reclamación. Porque, aún cuando excepcionalmente tenga lugar una venta dentro del término de 15 años establecido en el artículo 619 del Código Civil Suizo, la participación de los coherederos en la ganancia se limita a una parte alícuota de la diferencia entre el valor de rendimiento y el valor de venta estimado al tiempo de la adjudicación, que en la mayoría de los casos consiste en un suplemento ascendente a un 30 por ciento sobre el valor de rendimiento. Cabe preguntarse cómo ha de considerarse el beneficio inherente al aumento del valor del suelo o la tacha de enriquecimiento torticero que afecta al mismo; aprovecha al adquirente especulativo, el cual, al aceptarlo, ha asumido desde luego ciertos riesgos, o, si se examina en relación con el adjudicatario en virtud del derecho de heredamiento, resulta que éste se ha visto líbrado de todo riesgo por resultado de su conformidad con el precio de favor. Porque la especulación, considerada como tal, no constituye más que una de las causas, y ni siquiera la causa principal, del aumento del precio del suelo, según lo ha hecho constar la Comisión de estudios relativos a la lucha contra la especulación sobre bienes raíces en su informe emitido con fecha 11 de diciembre de 1958, elevado al Departamento Federal de Justicia y Policía; Cfr. tambien H. Sieber: Wirtschaft und Recht 1960 pág. 269.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> F. Gygi: op. cit. pág. 92; E. Steindorff: Zweckmässigkeit im Wettbewerbsrecht (La utilidad en el derecho a la concurrencia), (Frankfurt a.M.: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftrecht, 1959), págs. 27 y sigs. y 47 y sigs.

su transvasamiento a las grandes empresas). En tanto que las causas determinantes no radiquen por su naturaleza en una crisis de coyuntura de carácter temporal y que, por el contrario, subsista un riesgo perdurable, el derecho de intervención estatal está destinado con toda probabilidad, desde el primer momento, a conseguir tan sólo dilatar el fatal desenlace.

La intervención estatal para mantenimiento de la estructura económica es objeto de especial predilección en el derecho administrativo suizo. A ello contribuyen en forma verdaderamente típica consideraciones relacionadas con la economía de defensa, juntamente con otras de orden sociológico-estatal y político-demográfico. Así, por ejemplo, la ley suiza sobre cereales promulgada el año 1959 (en sus artículos 25 y 27):

#### Art. 25

1) Al efecto de que quede asegurado en caso de guerra el abastecimiento de harina panificable en las distintas partes del país, la Confederación estimulará con arreglo a las disposiciones del presente artículo la distribución de los molinos de trigo blando a través de todo el territorio nacional.

2) Los molinos de trigo blando de reducida y mediana importancia tendrán derecho percibir subvenciones escalonadas con arreglo a la cantidad de harina panificable que fabriquen, para lo cual habrá de tenerse en cuenta la distinta conformación de sus gastos en relación con la magnitud de cada establecimiento. Las subvenciones serán satisfechas con cargo a una exacción fijada conforme a una base de evaluación uniforme. Esta exacción se computará con arreglo a la cantidad de harina panificable fabricada por cada molino y ascenderá como máximo a un franco por cada 100 kilogramos. Los molinos cuyo volumen total de harina panificable no exceda de 500 toneladas en el curso de un año podrán ser liberados total o parcialmente del pago de dicha exacción. Las medidas que se adopten en virtud de lo dispuesto en el presente párrafo quedarán supeditadas a la aprobación por la Asamblea Federal."

Art. 27
"La Confederación amparará toda aspiración al mantenimiento de un número suficiente de molinos de clientela fija y al fomento de la repartición adecuada de los mismos a través de todo el país. A estos efectos podrá la Administración imponer a los molinos comerciales la obligación de limitar convenientemente sus moliendas efectuadas mediante retribución para productores."

La intervención estatal encaminada al mantenimiento de la estructura la practican también el Estatuto de la Relojería <sup>79</sup> y el derecho inmobiliario agrícola, <sup>80</sup> sin atreverse, desde luego, a reconocerlo tan abiertamente como lo hace la Ley sobre los cereales. Es intere-

<sup>80</sup> BGE 81 I 107 y 80 I 95 y 412.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> BGE (Resoluciones del Tribunal Federal Suizo) 86 II 204, 84 I 258; F. Gygi: Revista Wirtschaft und Recht 1956, págs. 118 y sigs. y 128 y sigs.; Mensaje del Consejo Federal sobre el projecto de un nuevo Estatuto de la Relojaría BBL (Hoja Federal) II, págs. 1489 y sigs. en particular, pág. 1504 y sig.

sante observar que en ambos cuerpos legales está a punto de realizarse desde hace poco un cambio de tendencias. Como los esfuerzos encaminados a la conservación de las estructuras, inspirados en el deseo de otorgar protección contra toda nueva concurrencia se evidencian en muchos casos en el curso de ulteriores desenvolvimientos como vanas aspiraciones, ha surgido una corriente innovadora que muestra una tendencia cada día más marcada a seguir un camino distinto. En el primer plano se sitúa para lo sucesivo el fomento de la capacidad de rendimiento y de la aptitud para la concurrencia.82 Así resulta que en el informe del Consejo Federal sobre la situación de la agricultura suiza - en contraste manifiesto con el derecho inmobiliario vigente – no se aconseja va la protección del minifundio (- o pequeña empresa -) más irracional, sino el fomento del desarrollo de las empresas familiares de mediana importancia, 82 y en lugar de la selección de los solicitantes aptos para cooperar en el proceso de la producción, interviene con arreglo al futuro Estatuto de la Relojería el control de la calidad, que de esta forma queda elevado a la categoría de requisito para la licencia de exportación.83

Desde el punto de vista teórico-jurídico, la dificultad insuperable para la intervención estatal mantenedora de estructuras radica en el hecho de que en virtud de la misma queda cerrado el acceso a una rama de la economía. Por tal motivo, las cuotas o las autorizaciones basadas en consideraciones de política económica no aparecen nunca fundados en una igualdad de derechos universal,84 sino que, por el contrario, implican verdaderos privilegios, expresados por medio de disposiciones por las que se reconoce la discrecionalidad administrativa o de conceptos jurídicos imprecisos. Se trata realmente de privilegios que en nada se diferencian de aquellos que el artículo 4 de la Constitución Federal se proponía extirpar. Como. por otra parte, las leyes originariamente arraigadas en el criterio de igualdad propio del liberalismo de la primera época vienen a ser las únicas que emiten normas justiciables, resulta que el concepto tradicional de la adaptación a los principios de igualdad ante la ley está fatalmente destinado a quedar desintegrado por ese lado.

Interesa abordar aún, y no ciertamente en último término, los

82 BBL. 1960 I. 285 y sig. y 335 y sig.

<sup>81</sup> BBL (Hoja Federal), 1960 II 1516 y sig.; BBL 1960 I 220 y sigs., 285 y sigs. y 335 y sigs.

<sup>83</sup> BBL. 1960 II 1529 y sig. y 1545 y sig. En la Ley sobre la Agricultura existen ya preceptos susceptibles de servir de puntos de partida para un control de la calidad de los productos para la exportación. Art. 24, párrafo 3 LG.

<sup>84</sup> El artículo 4 de la Constitución Federal, inspirado en el espíritu del pensamiento liberal, habla acertadamente de privilegios incompatibles con la igualdad jurídica que constituye uno de los postulados fundamentales de aquel.

rasgos característicos de la intervención liberal. 85 tales como aparecen en el proyecto de la Ley sobre Carteles (Art. 21, párrafos 1 y 2):

1) A los fines de la defensa del interés público podrá el Departamento Federal de Economía Nacional promover, en virtud de una encuesta especial, ante el Tribunal Federal dentro del término de un año, contado a partir de la fecha de entrega del informe sobre la encuesta siempre que un cartel o una organización análoga haga imposible o dificulte considerablemente la concurrencia en una rama de la economía o en alguna actividad profesional en forma que resulte incompatible con el interés colectivo, en particular, cuando redunde en perjuicio del con-

2) Si el Tribunal Federal considera fundada la denuncia, mandará adoptar las medidas pertinentes; estará facultado, en particular, para dejar sin efecto o modificar cualesquiera concernientes a los carteles o prohibir la formación de carteles y organizaciones similares.

De conformidad con Ernst Hirsch, cabe muy bien circunscribir esta situación diciendo que "constituye una irrupción del derecho administrativo en la libertad contractual, base fundamental del derecho privado". 86 Este es un ejemplo típico del derecho administrativa que interfiere en las relaciones jurídicas entre individuos es el que se nos presenta al propio tiempo confirmándonos la caracterización de este estado de cosas desde el punto de vista teórico-jurídico, ya oportunamente enunciado en otro lugar. El liberalismo clásico partía del supuesto de que la influencia ejercida por todos los copartícipes en el mercado era aproximadamente la misma y que, por tal motivo, llegaría a producirse un intercambio de bienes y de prestaciones en el cual todos y cada uno de dichos copartícipes estaría en condiciones de salvaguardar suficientemente sus intereses. 87 En la hora actual resulta, que como lo demuestra la experiencia, en lugar de una relación de fuerzas equilibrada entre los copartícipes del mercado, existen contrastes y situaciones de superioridad e inferioridad bien marcadas y que la libertad contractual, lo mismo que la libre concurrencia más bien han contribuído a acentuar estas desigualdades que a atenuarlas.88 La libertad contractual del individuo queda completamente desnaturalizada allí donde las decisiones emanadas de la voluntad de cada uno aparecen colectivamente enlazadas o dirigidas en cualquier otra forma por un grupo.<sup>89</sup> El derecho reacciona en la mayoría de los casos ante semejante falseamiento de las esperanzas puestas en la idea de libertad contractual mediante el establecimiento de normas de derecho administrativo

<sup>85</sup> Así se expresa el mensaje del Consejo Federal del 18 de septiembre de 1961. Véase también el artículo 11 del propio proyecto.

<sup>86</sup> E. Hirsch, Kontrolle wirtschaftlicher Macht (Control del poder económico), pág. 46 y sig.

<sup>87</sup>EPK págs. 27 y sigs., 112 y sigs.

<sup>89</sup> E. Hirsch, op. cit., pág. 48; Cfr. también M. Kummer, op. cit., págs. 129 y sigs.

reguladoras de relaciones de derecho privado. Esto da lugar a que hava autores que hablen de la irrupción del derecho administrativo en la ensambladura básica de la zona de la libertad contractual, base del derecho privado, empleando como medio adecuado a este objeto el contrato controlado por el Estado, 90 partiendo del hecho comprobado de que el Estado, en su calidad de defensor del interés público o del interés de la parte contratante más débil, interviene en el momento de la formación de la relación jur dica. 91 Esto último, sin embargo, es una apreciación de los aspectos superficiales que preventa la regulación de relaciones de derecho privado en el derecho administrativo. Forma, desde luego, parte de la imagen de conjunto de la situación, tal como ha quedado después del cambio de la noción de intervención el hecho de que, en abierto contraste con el derecho público clásico, el derecho social afecta en menor grado a la relación vertical entre el Estado y el ciudadano que a la relación horizontal entre ciudadano y ciudadano. La separación estricta entre relaciones jurídicas verticales regidas por disposiciones de derecho público y las relaciones horizontales comprendidas en el ámbito del derecho privado ha cedido el paso, también a este respecto, a una situación mixta,

Más profunda y penetrante resulta ser la contradicción interna de la combinación entre derecho público y derecho privado que precisamente se hace perceptible en la disposición arriba reproducida del proyecto de ley sobre carteles. Con arreglo a la misma queda facultado el juez, no solamente para dejar sin efecto acuerdos adoptados entre los copartícipes del cartel, sino asimismo, para modificarlos, de la misma manera que la obligación de contratar puede retener a los particulares de celebrar un contrato o de dar al negocio jurídico un contenido determinado.92 Frente a los diversos actos de coerción propios de la autonomía privada manejada en sentido adverso a la concurrencia, actúa el ordenamiento jurídico oponiéndoles por su parte una actitud igualmente coerciva. Para solventar la situación resultante de un "boycott", el orden jurídico impone a las partes la obligación de aceptar el trato comercial recíproco y con ello crea la institución paradójica del contrato ordenado, o la Administración determina, amparándose en normas de obligatoria observancia y haciendo caso omiso de los acuerdos establecidos entre los interesados, aquello que ha de tener validez entre las partes contratantes.93

<sup>90</sup> E. Hirsch, op. cit., págs. 46 y sig.

<sup>91</sup> J. Darbellay, op. cit., ZSR 1955 pág. 122. F. Gygi, Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, págs. 75 y sig.

<sup>E. Hirsch, op. cit. pág. 45.
Así se infiere ya de las resoluciones del Tribunal Federal (BGE) 86 II E. 3;
II 37; Cfr. también M. Kummer, op. cit., págs. 129 y sig. y E. Hirsch, op. cit., págs. 43 y sig.</sup> 

La intervención en favor de la concurrencia está llamada a terminarse en un choque violento que habrá de producirse en medio de fuertes tensiones entre dos elementos jurídicos adversos - los propios de la estructuración jurídica emanada del Estado y los inherentes a la estructuración del derecho de origen contractual. Examinada la cuestión en conjunto, nos hallamos enfrentados nuevamente con una situación inicial que, desde el punto de vista políticolegislativo, aparece ser completamente contradictoria con respecto a las tendencias propias del pensamiento liberal de la primera época. El terreno de la concurrencia no se presenta como una esfera de actuación privada indiferente para el Estado, siendo así que, por el contrario, la posibilidad de concurrencia necesita ser asegurada mediante la aplicación de medidas legislativas. La protección de la libertad de concurrencia contra fuerzas sociales no estatales requiere una influencia de índole político-económica sobre el hecho social ejercida mediante la aplicación de normas jurídicas de obligatoria observancia de derecho privado y de derecho administrativo.94 Las cuestiones de política económica y concurrencial que constituyen el fondo de la situación no se manifiestan únicamente en disposiciones legales imprecisas y preceptos sobre aplicación de la facultad discrecional que asimismo carecen de precisión, sino también en la facultad resolutiva atribuída al juez acerca de la medida en que deba permitir la autodefensa del particular contra ataques al derecho de libre competición perpetrados por competidores y contra la tensión inherente a la competencia comercial, como asimismo acerca de las circunstancias que deban justificar un trato preferencial a favor de un interés general, de un interés de grupo o de un interés individual, acerca de todo lo cual se le rehusa, llegado el caso, toda orientación normativa.95

Todo juicio sobre el conflicto entre concurrencia de actividad privada requiere además una apreciación de las condiciones de ganancia y de la situación en materia de productividad de ramas enteras de la economía 96 y, por consiguiente, implica a su vez la carga inherente a las dificultades de prueba y de conocimiento propias del esfuerzo que hay que realizar para comprender una situación de conjunto que casi resulta no ser susceptible de delimitación en el tiempo, ni objetivamente. Además, hay que tener en cuenta que la obstaculización no ha de manifestarse forzosamente mediante el "boycott" organizado de un competidor en virtud de la negativa de

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> H. Merz, op. cit., pág. 14; M. Kummer, op. cit., págs. 121 y sig. 123 y 138 y sigs.; H. Huber: Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie; Festgabe Gutzwiller (Libertad de industria y garantía de propiedad; Publicación jubilar Gutzwiller), págs. 552 y sigs.

págs. 552 y sigs.

95 Cfr. M. Kummer, op. cit., págs. 104, 110, 119 y sigs. 123 y sig. 126 y sig. 137 y sig. 138 y sig. EPK 158 y sig.

96 BGE 85 II 497 y sig. Resolución 4.

entablar relaciones comerciales o de la interrupción de toda relación comercial,<sup>97</sup> sino que puede consistir en la imposición de precios o de condiciones de entrega notoriamente perjudiciales o en ofertas a precios intencionadamente rebajados. <sup>98</sup>

Cabe preguntarse, hasta que punto queda obligado el juez a ocuparse de cuestiones de formación de precios y de cálculo mercantil – o, expresado en términos más generales – a pronunciarse, con motivo del cambio de mercancías y prestaciones entre particulares, sobre el grado de adecuación entre la prestación y la contraprestación. Y hasta es posible que, no tardando mucho, se dé el caso pintoresco de que deba averiguar, si una baja general de los precios es una consecuencia beneficiosa de la reanimación de la vida económica por efecto de la libre competición o, por el contario, constituye una maquinación de un monopolizador en ciernes. 99 Con ello se le impone al juez la realización de un cometido, del que se hallaba dispensado con arreglo al modelo de instituciones jurídicas propio del liberalismo, toda vez que el legislador no podía poner en sus manos normas de obligatoria observancia valederas para esos fines. 100

Nuestra íntima aspiración de que las actividades estatales regulatorias en materia de economía política y de asistencia social encomendadas a la Administración pudieren presentarse de nuevo en forma de normas legales y conceptos jurídicos de estilo liberal, resulta ya irrealizable. No debemos entregarnos por más tiempo a la esperanza de que las configuraciones y estructuras jurídicas formadas en el ideario liberal clásico puedan encajar en unas realidades que difieren grandemente de las situaciones modelo propias del liberalismo de la primera época. Lo que nos interesa, empero, no es continuar afligiéndonos pensando en un pasado de imposible resurrección, sino el hallar para la situación social de nuestro tiempo un ordenamiento jurídico adecuado a la misma perfectamente adaptada a los postulados del imperio de la ley

### Ш

¿ Puede una Administración que regula la economía de un país – al par que se mantiene fuera del principio y del sistema de

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Con respecto a este concepto, véase BGE, 82 II 297 y sig. Resolución No. 2. <sup>98</sup> Cfr. sobre este particular la indicación del EPK con arreglo a la cual no es posible hacer nada, desde el punto de vista de la política concurrencial contra las ofertas a precios inferiores a los normales, porque la rebaja de los precios en sí misma corresponde a la naturaleza de la competición en las prestaciones, EPK, pág. 166. <sup>99</sup> EPK pág. 166 y sig

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> EPK pág. 166 y sig. <sup>100</sup> W. Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (La organización de la comunidad jurídica), págs. 23 y sig.

la legalidad de conjunto – continuar ostentando la calidad de Administración propia de un Estado de derecho o debe considerarse, por el contrario, que el mero hecho de dejar que se desarrolle este pensamiento constituye por sí solo un contrasentido y una herejía legal? Todo principio de ciencia social debería, empero, poder soportar cualesquiera críticas basadas en la duda y el escepticismo, ya que, en otro caso, se expone a hacerse sospechoso de poseer defectos ocultos. Tratándose de ciencias sociales, la mutabilidad de su objeto justifica que la exactitud de sus conocimientos sea siempre objeto de nuevas meditaciones con arreglo a la situación. 101

Limitándose a considerar el hecho de que toda actividad administrativa, cualquiera que sea el lugar y la forma en que se efectúe, es susceptible de ser atribuida en ultimo término – frecuentemente además en virtud de su evaluación legal - el cumplimiento de una disposición legal, lo que tiene por consecuencia, que el maestro de escuela, el barrendero municipal y el cartero cumplimentan una parte, tal vez meramente ignorada, de la obra de realización del derecho, 102 en tal supuesto, no constituye ya una obra de magia el administrar con arreglo a los postulados del imperio del derecho. Pero la manera de conseguir que, partiendo de tales supuestos, la ley pueda todavía ofrecer la garantía de que la actividad administrativa haya de ejercerse con elevación de miras y en forma que la hagan merecedora de la mayor consideración, es un problema que aún queda por resolver. El hecho de que los actos administrativos estén arraigados en la ley no implica, en modo alguno, que el principio de legalidad, interpretado en esta forma, corresponda a los postulados del imperio de la ley, siendo así, que lo que se requiere a estos efectos es que en las normas jurídicas de la Administración se determine de un modo comprensible y, desde luego, sin el menor equívoco, lo que ésta haya de hacer y la forma y medida en que deba cumplir su cometido. Para la Administración liberal interventionista era suficiente que estuviera facultada para obrar, 103 pero esto ya resulta demasiado exiguo para la Administración encargada de efectuar prestaciones, lo mismo que para la Administración reguladora de procesos sociales. Aquí sería llamada la ley a preparar las reacciones más adecuadas y mejor dosificadas frente a situaciones que escapan a toda previsión y a conformar las pretensiones en atención a la necesidad individual. Porque el Estado que respeta el imperio de la ley no se conforma con formular una exigencia de legalidad solamente, sino que ha de asegurar la ejecución con arreglo a la ley por medio de instituciones complementarias, entre las cuales

<sup>101</sup> M. U. Rapold, Demokratie und Wirtschaftsordnung (Democracia y ordenación económica), págs. 8 y sigs. con numerosas referencias en particular a manifestaciones de Max Weber.

<sup>102</sup> Cfr. Z. Giacometti, op. cit., págs. 46 y sig.

<sup>103</sup> F. Gygi, op. cit., págs. 43 y sigs.

figura en lugar preeminente, como la más eficaz dentro del ideario del Estado de derecho, la jurisdicción administrativa. 104 Esta jurisdicción administrativa se dedica principalmente al desempeño del control jurídico (Rechtskontrolle) de la Administración. Por consiguiente, sólo podrá cumplir su cometido e imponer la vigencia del principio de legalidad en tanto que este mismo principio de legalidad haya conseguido someter a la Administración, en forma susceptible de ser objeto de supervisión judicial, a una norma de conducta de obligatoria observancia. 105 La realización efectiva de las leyes - sea de conformidad con la intención de la ley o formando contraste con la misma – está en manos de la Administración. Así resulta que sólo la jurisprudencia garantiza en concreto la efectividad del imperio de la ley. 106 En todo caso, la idea del "gobierno de las leyes y no de los hombres" aparece basada sobre esta doctrina de la aplicación del derecho de la Administración. 107 Las instancias encargadas de la aplicación del derecho tienen, por consiguiente, desde el primer momento, la ley abstracta en sus manos y, de no existir las instituciones fiscalizadoras, sean éstas judiciales o de otro género, resultaría que la Administración vendría a ser más fuerte que la ley, 108 con lo cual el aseguramiento del principio de legalidad quedaría reducido a algo muy problemático.

Los conceptos de valoración material, los conceptos de apreciación, las formulas enunciadoras de objetivos y los conceptos legales indeterminados que permiten en cada caso elegir libremente diversas soluciones presentan todos ellas la particularidad de ser considerados desde el primer momento como sospechosos a la luz de los postulados del imperio de la ley, por lo menos, en tanto que su ámbito de aplicación a los efectos de la creación del derecho aparecen cerrados a la verificación judicial. La legislación regulatoria ha dado últimamente un paso más, si se compara con la transposición, ya tan frecuentemente criticada, de la legislación propiamente dicha a los regulaciones administrativas, que, en definitiva son los únicos que permiten apreciar el verdadero alcance de las leyes. En la Ordenanza del mercado de quesos (Artículo 12 e, párrafo 3°) y en algunas otras disposiciones no se obliga ya a las entidades gubernativas y administrativas a dictar decretos u órdenes para la ejecución de la ley, creando de esa forma un derecho bilateralmente obligatoria (zwei-

<sup>&</sup>lt;sup>104</sup> Z. Giacometti, op. cit., págs. 21 y sig., 274 y sig.

<sup>105</sup> Max Imboden, Gestalt und Zukunft des schweizerischen Rechtsstaates (Forma y porvenir del Estado de derecho suizo) pág. 14 explica que allí donde las leyes no establecen normas, la protección formal del derecho está destinada, en la mayoría de los casos, a moverse en el vacío.

<sup>106</sup> E. Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung (Administración y jurisprudencia administrativa) VVDStRL 14, pág. 100. <sup>107</sup> Horst Ehmke, op. cit., págs. 44 y sigs.

<sup>108</sup> K. Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem (La independencia judicial como problema de derecho político) pág. 109.

seitig verbindliches Recht), sino a limitarse a establecer meras normas directivas. La norma directiva indica claramente que ni la Administración queda atada de una vez para todas, ni el ciudadano ha de fundar sus derechos en la misma. Más bien aparece destinada a constituir un hábil expediente para resolver de primera intención con respecto a situaciones que no son susceptibles de ser previstas de un modo cierto. La utilidad práctica del principio de legalidad queda por consiguiente tanto más disminuida, conforme va alejándose el legislador del modelo de la "règle precise", sea por la fuerza de las circunstancias o debido a la falta de eficacia 109 y tiende a alcanzar el punto "cero" en los casos en que el precepto en cuestión se desvanece hasta el extremo de no ser otra cosa que un ordenamiento puramente formal en materia de jurisdicción.

Esta constituye, empero, la característica inseparable de la

Administración regulatoria de la económico y social.

Se muestra menos propicia que cualquier otro tipo de administración a someterse al control judicial, lo que no proviene únicamente de la circunstancia de que las leyes de este género por razón de su misma estructura conceptual no son susceptibles de control judicial sino en una extensión relativemente reducida. Existen otras razones que contribuyen a dificultar al juez el acceso al derecho que la Justica Social y la libre competición han comenzado a estructurar. La intervención tiene por objeto crear un estado de cosas distinto en la situación de conjunto de una rama de la economía o en el proprio ordenamiento social. Tales situaciones sociales, cuya amplitud no es susceptible de delimitación alguna y que se hallan en constante evolución, no pueden, en modo alguno, como ya se ha indicado repetidas veces, ser esclarecidas y registradas mediante aportación de pruebas, como si se tratara de hechos históricos consumados. Además hemos visto, que siempre que se trata de planes y de fenómenos análogos a los inherentes a la planificación, la jurisdicción administrativa llamada a intervenir ulteriormente sólo actúa una vez que, a consecuencia del enredamiento multiforme de las medidas de planificación, resulta ya a todo punto imposible pensar en una corrección efectuada en condiciones normales. Cuando después de todo esto, se trata de comprobar, si la producción de productos agrícolas del país son suficientes para satisfacer la demanda, o si, por el contrario, deben autorizarse las importaciones, ofrece el mejor de los casos un interés académico, pero no presenta ya ningún interés actual, el que los Tribunales, después de transcurridos varios meses o años, declarasen probado - si es que lo consiguen - que el volumen de las importaciones autorizadas resultaba ser en aquel momento demasiado exiguo o demasiado grande. 110 Este ejemplo

 <sup>109</sup> Cfr. H. Huber, Das Staatsrecht des Interventionismus (El derecho político del intervencionismo), ZSR 1951, pá. 186, haciendo refencia a Michel Debré.
 110 F. Gygi: op. cit., págs. 90 y sigs.

tiene además la virtualidad de hacer perceptible que las normas sobre la responsabilidad del Estado como garantía subsidiaria del Estado de derecho no pueden, en la mayoría de los casos, ni siquiera llegar a ser tomadas en consideración. Toda intervención de ese género dará lugar inevitablemente - lo mismo, si está objetivamente justificada, que en el supuesto contrario – a que resulte aventajado un grupo determinado al par que se causa un perjucio a otro grupo. 111 En tanto que el Estado en cumplimiento de sus funciones regulatorias efectúe transposiciones en las condiciones relativas a la oferta y la demanda, al objeto de mejorar la situación productora de actividades profesionales merecedoras de protección, siempre que socializa oportunidades de ingresos y provoca desigualdades, en su afán de atenuar diferencias sociales, será imposible evitar tales desventajas. Pero también en aquellos otros casos, en que la imposibilidad manifiesta de abarcar con la vista situaciones económicas enrevesadísimas y la necesidad de adoptar resoluciones inmediatas dan lugar a que ulteriormente se compruebe la defectuosidad de determinadas intervenciones, será, por regla general, a todo punto improcedente hablar de responsabilidad del Estado. De no ser así la regulación de procesos económicos constituiría una carga insoportable para el Estado y sus finanzas, toda vez que los círculos económicos afectados podrían beneficiarse de las ventajas de la intervención falsa establecida a su favor, eludiendo, en cambio, los inconvenientes de las medidas que considerasen inadecuadas y descargándose de las mismas sobre la colectividad. 112 La conclusión a la que por fuerza se llega en vista de la insuficiente adaptación a los postulados del imperio de la ley, de la legislación y de la aplicación de las leyes es inevitablemente el aserto que la adecuación a los postulados del imperio del derecho a las funciónes regulatorias y promoción social del Estado es algo que todavía se encuentra en período de desarrollo. Las miradas han de dirigirse principalmente hacia aquellas instituciones que compensan el defecto de comprensión normativa del derecho regulados de la procesos sociales y eviten en la medida de lo posible los motivos de ineficacia de la protección jurisprudencial subsiguiente que por eso mismo viene a ser, en la mayoría de los casos, tardía para este objeto especial.

La práctica ha conseguido desarrollar a estos fines esos métodos y procedimientos o, al menos, normas iniciales de suma utilidad, lo

<sup>111</sup> F. Gygi: op. cit., págs. 64 y sigs.

<sup>112</sup> Compárese por ejemplo el art. 20 del Estatuto del Vino en su texto refundido del 6 de junio de 1958. Sobre los problemas de la responsabilidad del Estado en la intervención, véase: Claus-Dieter Ehlermann, Wirtschaftslenkung und Entschädigung (Dirigismo económico e indemnización) págs. 42 y sigs. y 53 y sigs. que combate la opinión basada en el concepto del Estado de derecho, pero, en cambio, exagera más bien la justificación de la indemnización.

que es perfectamente explicable. Hubo de seguir este camino sin ayuda estimuladora u orientadora por parte de la doctrina legal.

Lo que ha llegado a desarrollarse es, más bien que conceptos nuevos legales o nuevas relaciones generadoras de derechos y obligaciones, instrumentos de trabajo destinados a suavizar y compensar diferencias y tensiones sociales y a eliminar desarmonías sociales en un mundo cuyo desarrollo ha superado la fuerza normativa del derecho.

Múltiples son los arreglos que las autoridades se ven obligadas a autorizar para obtener una perspectiva fidedigna de los mercados: cano, por ejemplo, obtención de datos estadísticos, análisis de los mercados, observación de las limitaciones de los precios y de la producción. Esta información oficial, de ningún modo fundada en la libertad de una economía que se desenvuelve con arreglo a normas propias de un peculiar mecanismo y automatismo, no se obtiene sólo con avuda de formularios, sino cada día con mayor frecuencia merced a la intervención de expertos procedentes de agrupaciones económicas y de consumidores. Esas comisiones consultivas de expertos se reúnen periódicamente para facilitar a las autoridades la visión de conjunto, que necesitan poseer para la adopción de resoluciones inaplazables que continuamente se ven obligadas a tomar, y que de otro modo no obtendrían en tiempo hábil. En virtud de ello, se concede avuda a productores o consumidores, se emiten recomendaciones, advertencias o indicaciones de las autoridades, todo con las formalidades propias de la estricta actividad administrativa.

Una agrupación determinada recibe la indicación de iniciar un cambio en la orientación de la labor productora. Se dan a conocer estimaciones de las cosechas a los círculos de consumidores, para que la capacidad receptora del mercado se amolde a las mismas o la importación se adapte a ellas.

Se elaboran precios normativos y superficies de cultivo normativas, cuya observancia o inobservancia ha de llevar aparejadas determinadas ventajas o desventajas, tales como la limitación de las importaciones si la producción nacional no es vendida a precios adecuados (Art. 5 del reglamento sobre ganado para la alimentación de Suiza del 30 de diciembre de 1953) o con la desaparición de las garantías de adquisición. El sobrante de los vinos del país se ofrece a los importadores en cantidades mínimas adecuadas y dentro de un plazo determinado para que se hagan voluntariamente cargo de las mismas, con el apercibimiento de una subsiguiente obligación de compra en el caso de negativa de su parte a hacer frente a las responsabilidades consiguientes. Las agrupaciones profesionales y defensoras de intereses particulares se ven obligadas a cooperar en estos esfuerzos de ordenación en formas sumamente diversas y con modalidades que en la mayoría de los casos resultan indispensables para la política económica del Estado. Contrariamente a una opinión muy generalizada, las empresas económicas privadas no carecen de comprensión para los puntos de vista fundados en la solidaridad económica. De esta colaboración entre autoridades y asociaciones nace una situación que no implica, ni economía mixta, ni economía dirigida por el Estado. De todas formas puede decirse, que la imagen de la Administración en concepto de aplicación del derecho aparece ya sumamente lejana a la vista de estos fenómenos.

La actividad de la Administración como órgano de conciliación. que ya es familiar en el derecho laboral va adquiriendo mayor extensión, así, por ejemplo, en el ámbito de legislación anti-trust (estatuto de la relojería, proyecto de ley anti-trust) y en la protección de alquileres. Este procedimiento tiene por base la idea, que el concertar contratos es, desde luego, asunto de las particulares interesados. Pero, como no es posible establecer de antemano normas acerca del contrato que ha de concertarse, conviene intercalar una tercera parte, independiente y experta, en las negociaciones para la conclusión del contrato, que sea persona adecuada para conducir a las partes a que se pongan de acuerdo sobre una base justa. En lugar de la ulterior función judicial, se establece un arbitraje previo. Sólo cuando éste fracasa, se comienza a actuar con medios propios del Estado, tales como mandatos y prohibiciones. Los efectos de las meras recomendaciones resultan ser en muchos casos más ventajosos que las medidas coercitivas.

Un ejemplo, a modo de muestra (el art. 15 del Estatuto del Vino de Suiza):

En interés del fomento del consumo de los productos de la viticultura, está facultado el Consejo Federal o, en su caso, en virtud de instrucciones del mismo, el Departamento Federal de Economía, para fomenta la conclusión de convenios entre las organizaciones interesadas acerca de los precios valederos para los productores, los intermediarios y el comercio al por menor, debiendo al propio tiempo salvaguardarse los intereses legítimos de los consumidores.

Conjuntamente con la Comisión anti-trust, se piensa crear un cuerpo independiente de expertos, que, en vista de sus estudios pueda hacer recomendaciones a los diversos competidores indicándoles como pueden poner sus intereses en armonía con los objetivos de la ley, antes de que el juez tenga que intervenir.

Unas palabras acerca de las Comisiones Especiales de Apelación. No ha de verse en ellas siempre una mera creación caprichosa o un símbolo de la desconfianza del Parlamento hacia los Tribunales o incluso una fuente de dietas suplementarias. El Tribunal Federal ha mantenido frecuentemente por su propia iniciativa una actitud negativa cuando ha sido invitado a comentar proyectos de leyes regulatorias en materia de política económica por lo que respecta a

las atribuciones resolutorias que le correspondan, sabiendo o presumiendo que las fórmulas legales en materia de política económica sólo son parcialmente accesibles a una interpretación comprobatoria, precisamente por el hecho de que requieren por su propia naturaleza una resolución inspirada en razonamientos político-económicos, ajenos a la función judicial. Estas Comisiones Especiales de Apelación, tratan de cumplimentar adecuadamente esta tarea de naturaleza político-económica merced a la composición igualmente mixta de la instancia resolutoria integrada por juristas y hombres de negocios, cuya decisión dictada en un procedimiento jurídico y conforme a normas directivas preestablecidas, se halla, por lo menos muy próximo de un acto propio de regulación política económica. De esta forma se intenta crear una síntesis entre la sentencia judicial y el laudo arbitral de expertos.

La explicación directa entre antagonistas en el terreno económico en un debate judicial dirigido por representantes independientes de las autoridades o neutrales, representa un procedimiento de un nuevo género propio del moderno derecho administrativo regula-

torio de procesos económicos y sociales.

En la ordenanza suiza sobre ganado para consumo, los productores, los importadores, los comerciantes minoristas y los consumidores pueden iniciar conversaciones directas con vistas a aconsejar a las autoridades competentes en materia de fijación de las cuotas de importacion y en la fijación de fechas y horarios adecuados.

Contra estos procedimientos amorfos se ha de presentar inevi-

tablemente una objeción.

En lugar de la adaptación formal a los postulados del imperio de la ley, propia del Estado legislativo y que parece incluso provista de instrucciones para su uso, sería preferible una adaptación material a los postulados del imperio de la ley edificada sobre los principios generales de derecho, sobre ideas y pensamientos jurídicos que le sirvieran de soporte. Esto es lo que se dirá, y no sin fundamento. Conviene, no obstante, tener presente, siquiera sea por un momento, cuantas soluciones divergentes de problemas sociales, tanto por lo que respecta al establecimiento de normas jurídicas, como por lo que a la aplicación del derecho de refiere, caben todavía dentro del axioma fundamental de la igualdad jurídica. Allí sólo queda un reducido margen de ideas de derecho libre y de jurisprudencia de intereses, al menos, si se confía en que el derecho sea por sí mismo apto para trazar una orientación perceptible a la aplicación concreta de las leves, dentro de la cual quede todavía algún espacio libre, pero aún las ámbitos situados más allá de esta zona de variación deberán destacarse claramente. ¿Y por qué motivo no podrían los principios de derecho sustentadores del desarrollo adecuado y de la dignidad humana servir de líneas directrices de los métodos y procedimientos descritos? Semejante adaptación a los principios del

imperio de la ley viene a ser – según la expresión de Mallmann – más bien un postulado que una realidad.<sup>113</sup>

La sustitución del Tribunal anti-trust por el recurso de derecho administrativo ante el Tribunal Federal, prevista en el más reciente proyecto de ley antitrust, pudiera incitar a afirmar, en concepto de observación final, que, por lo visto, estamos habituados a ver las cosas a través de una transposición espiritual de más de medio siglo, y que, por tal motivo, ampliamos la jurisdicción ordinaria en un momento y con respecto a una materia, que más bien serían propios para hacer comprender los límites estrechos de dicha institución en el campo de la legislación regulatoria.

FRITZ GYGI \*

<sup>\*</sup> Doctor en Derecho; profesor libre en la universidad de Berna.

113 Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (Publicaciones de la Asociacion de Profesores Alemanes de Derecho Político),
19. pág. 193.

### LA PROFESIÓN DE ABOGADO EN LA CHINA COMUNISTA\*

La institución del asesor jurídico es todavía una novedad en la República Popular de China. Está en plena evolución, lo mismo que otros componentes del sistema jurídico de la China comunista. Ahora bien, un estudio de la abogacía china en la coyuntura actual aclarará un poco la naturaleza de la "justicia popular" y la dirección hacia la que se mueve.

En las páginas siguientes trataremos de examinar la cuestión de la abogacía china desde dos puntos de vista principales. El primero es la evolución de la actitud comunista hacia la abogacía según se refleja tanto en las declaraciones de política como en la práctica seguida. El segundo es la organización y actividades de los abogados chinos y los problemas con que se enfrentan al ejercer sus funciones.

#### Carencia de abogados en los años iniciales del régimen comunista

Incluso antes de la instauración del régimen comunista, los chinos jamás habían tenido a la abogacía en la misma estima que los pueblos occidentales. La razón fundamental parece ser la combinación de la firme tradición que les lleva a subordinar la ley a la moralidad, con el comportamiento falto de ética de algunos abogados chinos.¹ Los comunistas chinos pretenden reconocer el derecho del acusado a defenderse, pero hasta ahora han mantenido a menudo una actitud hostil y suspicaz hacia la profesión letrada hasta el punto de suprimir al abogado del nuevo orden que estaban construyendo. Esta actitud se remonta a la época inicial del movimiento revolucionario comunista.

Bajo el dominio de los comunistas, el primer Congreso de los Campesinos de la provincia de Hunán aprobó varias resoluciones a fines de 1926. En una resolución sobre el problema judicial, el Congresó criticó la complejidad del procedimiento legal y la doblez

<sup>\*</sup> El autor pudo realizar los estudios en que se basa este trabajo gracias a la ayuda prestada por el Consejo de Investigaciones en Ciencias Sociales.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Véase un análisis de la concepción china del derecho en Le Droit Chinois por Jean Escarra, Pekín, 1936; págs. 3 a 84. Véanse observaciones sobre los abogados chinos en The Government and Politics of China por Ch'ien Tuansheng, Cambridge, 1950; págs. 260 y 261.

de los sung-kun (picapleitos) del antiguo régimen. Entre otras cosas, decidió prohibir rigurosamente las actividades del sung-kun y dar a las asociaciones campesinas el derecho de representar a sus miembros en los litigios.2

En el Reglamento provisional sobre la organización de los tribunales y los procedimientos judiciales, promulgado en 1932 por el Comité Ejecutivo Central de la República Soviética China de Kiangsi, se estipulaba que "el acusado podría hacerse representar en el juicio por alguien encargado de defender sus intereses." 3 Según un jurista ruso, la administración de justicia en la zona soviética china revistió la forma de juicios en masa, dirigidos por los tribunales revolucionarios y en presencia de millares de trabajadores, campesinos y soldados del Ejército Rojo que formulaban acusaciones contra los delincuentes. Los acusados tenían "libertad" para hablar y oponerse a las acusaciones y cualquiera de los presentes podían también intervenir en defensa del acusado.<sup>4</sup> Ahora bien, hay pocas pruebas de que la labor de defensa fuera eficaz y todavía es más difícil hallar un caso en que los abogados tuvieran un papel que desempeñar.

Durante el periodo del Frente Nacional Unido contra el Japón, el régimen comunista de Yenán pareció ver con cierta tolerancia la idea del abogado defensor. Según ha descrito un destacado jurista comunista chino, los tribunales populares de la región fronteriza de Shensi-Kansu-Ninghsia permitieron a las partes en los litigios pedir a sus familiares o a personas con conocimientos jurídicos que actuaran como abogados defensores o como representantes legales. Además, se autorizó a las organizaciones populares a que designaran a ciertas personas como asesores o representantes jurídicos legales en los pleitos entablados por sus miembros.<sup>5</sup> A pesar de todo. se dice que las circunstancias no requirieron instituir un cuadro de abogados profesionales en la región fronteriza.6

En febrero de 1949, poco antes de su victoria completa sobre el Kuomintang, el Comité Central del Partido Comunista chino

6 Masao Fukushima, Naokichi Ubukata y Ryoichi Hasegawa: Chugoku no saiban (La justicia china), Tokio, 1957; pág. 167.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ti-i-tz'u kuo-nei ko-ming chan-cheng shih-ch'i ti mung-min yün-tung (El movimiento compesino durante el primer periodo de la guerra civil revolu-

cionaria), Pekín, 1953; págs. 355 y 356.

3 Ch'u Huai-chih y Chang Min-fu: "Para una comprensión del sistema de defensa en los procesos criminales de nuestro país", Hsin chien-she (Nueva Construcción), Pekín, núm. 5, 1956; pág. 14.

L. M. Goshnekow: Legal Organs of the People's Republic of China, Nueva

York, 1959 (JPRS: 1698-N); pág. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Ma Hsi-wu: "La labor de la judicatura popular en la región fronteriza de Shensi-Kansu-Ninghsia durante la etapa de la nueva revolución democrática", Cheng-ta yen-chiu (Investigaciones políticas y jurídicas), Pekín, núm. 1, 1955; pág. 10.

dictó unas instrucciones que derogaban los seis códigos legales de los nacionalistas y sentaban los principios del sistema judicial para las zonas "liberadas". En vísperas de instaurarse la nueva República Popular de China en otoño del mismo año, el Programa Común de la Conferencia Consultiva Política del Pueblo Chino decidió de nuevo la abolición de todas las leyes y tribunales nacionalistas: "Todas las leves, decretos y sistemas judiciales del gobierno reaccionario del Kuomintang opresor del pueblo quedan abolidos; se promulgarán leyes y decretos que protegerán al pueblo y se instituirá el sistema judicial del pueblo" (artículo 17).8

Junto con otras instituciones del régimen del Kuomintang, la abogacía fue suprimida por este cambio radical de la estructura jurídica del país. Los bufetes fueron clausurados y se prohibió a los abogados que ejercieran la profesión. En todo lo publicado desde Harbin hasta Shanghai se puso de relieve que el ciudadano corriente podía dirigirse a los tribunales populares y se subrayó la sencillez del nuevo procedimiento judicial y la desaparición de los abogados de viejo estilo en los litigios. Según la concepción comunista, estos abogados sólo atendían a los intereses de los pocos privilegiados y estaban demasiado vinculados a las viejas formas del derecho y de los procedimientos para poder adaptarse a la función de abogados del pueblo.10

Por otra parte, el régimen comunista siguió reconociendo oficialmente el derecho del demandado a defenderse en un pleito judicial. Se hizo también referencia a la eventual implantación de un sistema de abogados del pueblo. Todo parecía formar parte de los esfuerzos del régimen para estabilizar su dominio y reemplazar el antiguo orden jurídico por uno nuevo. Por ejemplo, en el artículo 12 del "Reglamento provisional del Tribunal Popular de Shanghai acerca del curso que debe darse a los asuntos civiles y criminales" (promulgado el 11 de agosto de 1949) se disponía que el acusado en una causa criminal podía pedir al juez presidente que designara a un defensor público o pedir a la organización popular competente que enviara a un representante en calidad de abogado defensor. En un negocio civil, los litigantes, previo permiso del juez

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Tung Pi-wu: "The Legal System of China", New China News Agency, Pekin, 20 de setiembre de 1956.

<sup>8</sup> Véase la versión inglesa del Programa Común publicada por la NCNA en

China Digest, Hong Kong, 5 de octubre de 1949, págs. 3 y 4.

<sup>9</sup> China Weekly Review, Shanghai, 20 de agosto de 1949, pág. 218; 14 de enero de 1950, pág 113; China Monthly Review, Shanghai, noviembre de 1950, págs. 78 y 79. Además, en 1950 el Ministerio de Justicia ordenó suprimir las actividades de los abogados privados. Lin Ch'eng: "Strictly prohibit the illegal activities of the underground lawyers", Jen-min jih-pao (Diario del Pueblo), Pekín, 14 de setiembre de 1952.

10 Shih Liang: "The Judicial System in New China", People's China, Pekín, núm. 12, 1957, pág. 16.

presidente, podían designar a sus familiares más cercanos como agentes ante el tribunal. 11 Una disposición análoga sobre el derecho de defensa figuraba en el "Reglamento orgánico de los tribunales populares", promulgado el 20 de junio de 1950. Una institución creada al efecto, la de los tribunales populares (jen-min fa-t'ing), era el instrumento utilizado para realizar la reforma agraria y, luego, para desarrollar las campañas de las "tres anti" y de las "cinco anti"; ahora bien, el artículo 6 del Reglamento orgánico decía: "Cuando un hsien (tribunal popular municipal) y sus dependencias tengan a su cargo un proceso, garantizarán el derecho del acusado a defenderse y a tener un abogado defensor. Éste podrá asumir la defensa previa autorización del tribunal." 12

En el "Reglamento orgánico provisional de los Tribunales Populares de la República Popular de China" (promulgado el 3 de setiembre de 1951) no figuraba ninguna estipulación acerca del derecho de defensa, pero el presidente interino de la Comisión de Codificación de Leyes hizo la declaración siguiente en su informe explicativo sobre los tribunales populares (jen-min fa-yüan): "En un juicio público, habrá de reconocerse a los litigantes y a sus abogados autorizados pleno derecho de expresión y defensa." 18 Al revisar la obra judicial realizada de 1949 a 1951, un escritor comunista manifestó también que se habían realizado progresos hacia la introducción de los abogados populares en China. Dijo Chen Chi-yü: "Para poner de manifiesto el espíritu democrático de nuestra obra judicial y para proteger el derecho del acusado a defenderse, así como los intereses legítimos de los litigantes civiles, hemos creado la institución de los defensores públicos que realizan en beneficio del acusado o de una de las partes litigantes tareas diversas, entre ellas reunir pruebas, examinar las circunstancias del asunto, estudiar los problemas y tomar parte en el juicio para que pueda acumularse experiencia acerca de la creación de un nuevo sistema de abogados populares." 14

No obstante las regulaciones y declaraciones antes mencionadas, no hay pruebas de que el acusado ejerciera jamás su derecho a defenderse en los años iniciales de la República Popular. Esta discrepancia conspicua entre las declaraciones de política del régimen y su actuación reflejaba el hecho de que la tendencia hacia los

El texto de este Reglamento apareció en *Jen-min shou-ts'e*, 1951 (El manual del pueblo, 1951), Shanghai, 1951, sección 6, págs. 46 a 48.
 Hsu Te-heng: "Informe explicativo sobre el "Reglamento orgánico provi-

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Véase el texto del Reglamento en Shang-hai chieh-fang i-nien (Al año de la liberación de Shanghai), Shanghai, 1950, Parte III, págs. 13 a 16.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Hsu Te-heng: "Informe explicativo sobre el 'Reglamento orgánico provisional de los tribunales populares de la República Popular de China'", *Jen-min jih-pao*, 5 de setiembre de 1951.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> "La reconstrucción judicial popular en los dos años últimos", *Hsin Chunghua pan yüeh-k'an* (Revista quincenal de la nueva China), Shanghai, núm. 19, vol. 14, 1° de octubre de 1951, pág. 10.

métodos de gobierno arbitrarios y represivos era mucho más fuerte que el esfuerzo por establecer un régimen más ordenado en una época de lucha intensa contra los propietarios, los contrarrevolucionarios, los imperialistas extranjeros, etc. En oposición a lo garantizado legalmente, lo corriente era que el acusado cediera y confesara su culpabilidad. Según los procesos comentados en las publicaciones comunistas y en las declaraciones de los testigos tanto chinos como extranjeros, no hubo un solo caso durante el periodo preconstitucional en que el acusado se defendiera a sí mismo o lo fuera por un abogado defensor. Es Basándose en su experiencia personal, un ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad "L'Aurore" de Shanghai subrayó que en el procedimiento judicial comunista:

No sólo se presume culpable al acusado, sino que se le prohibe que pruebe lo contrario: intentarlo es rebelarse.... En vista de esa concepción del procedimiento, ¿podemos asombrarnos de la supresión completa de los abogados? La idea se basa en la lógica del sistema y los servicios de un abogado ante tales tribunales son no sólo superfluos, sino absolutamente inconcebibles. Defenderse equivale a rebelarse. ¿Quién se atrevería, siquiera como abogado designado por la ley, a oponerse al "gobierno" en la defensa de un acusado? La voz se helaría en la garganta del abogado y éste se sentiría tan culpable como su cliente. Por consiguiente, la ausencia del abogado defensor en el proceso penal no es accidental, sino al contrario una necesidad imperiosa de las concepciones fundamentales del derecho penal comunista. 16

# Depuración de los "abogados clandestinos" durante la reforma judicial

Los abogados chinos que antes ejercían privadamente, eliminados ya de la práctica profesional, recibieron otro golpe cuando el régimen comunista lanzó una campaña contra sus "actividades ilegales, clandestinas" durante el movimiento de reforma judicial de 1952–1953. Debe subrayarse que, si bien el régimen abolió todo el sistema legal del Kuomintang, desde el principio tuvo que retener a muchos miembros del antiguo personal judicial debido a la escasez de funcionarios con formación jurídica. Por haber tenido sólo una breve experiencia de las enseñanzas comunistas, estos ex funcionarios del Kuomintang seguían conservando, como es natural, muchos de los conceptos y prácticas judiciales tradicionales. La existencia de estos "graves defectos políticos y orgánicos" en los

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Consúltense las obras de Henry Wei: Courts and Police in Communist China to 1952, Lackland Air Force Base, 1955, caps. III a V, y de la Comisión Internacional de Lucha contra los Campos de Concentración: White Book on Forced Labour and Concentration Camps in the People's Republic of China, París, 1957, vol. II, págs. 44 a 48.

<sup>16</sup> André Bonnichon: Law in Communist China, La Haya, 1956, págs. 8 a 11.

tribunales populares fue revelada durante las campañas de las "tres anti" y de las "cinco anti". En un informe presentado al Consejo de Estado el 13 de agosto de 1952, la señorita Shih Liang, ministro de Justicia, subrayó: "Hay en el país veintiocho mil funcionarios judiciales, de los que seis mil, o sea, aproximadamente el 22 por ciento, prestaron servicios bajo el antiguo régimen. Particularmente en las ciudades grandes y medianas, estas personas son mayoría entre los jueces de los tribunales populares." <sup>17</sup> Se calculaba que del sesenta al ochenta por ciento del personal judicial antiguo estaba constituido por elementos contrarios al partido y de malas costumbres; muchos habían sido miembros del Kuomintang y de su policía secreta. Se observó que esta influencia corruptora era considerable, incluso sobre los viejos funcionarios del partido. <sup>18</sup>

En estas circunstancias, el gobierno comunista chino decidió lanzar un movimiento nacional de reforma judicial, que duró de agosto de 1952 a abril de 1953. 19 El objeto de este movimiento era luchar contra los viejos conceptos jurídicos, depurar el personal judicial antiguo y liquidar a los "abogados clandestinos". Todos los métodos familiares de la "crítica y autocrítica" y de las "reuniones de acusación y reparación" fueron utilizados en esta campaña de reforma intelectual y denuncia de la culpabilidad. Sólo pueden hacerse conjeturas sobre el número exacto de los castigados, pero – según reconocieron fuentes oficiales – sólo el veinte por ciento del personal judicial que había prestado servicios al antiguo régimen conservó sus puestos después de la reforma. 20 La importancia de este movimiento como medio para consolidar el régimen comunista y eliminar dificultades para el nuevo orden se advierte mejor leyendo esta declaración de la señorita Shih Liang:

Gracias a esta campaña, no sólo se ha depurado a elementos depravados, habituados al mal y a la conculcación de las leyes, y se ha designado a trabajadores, campesinos y mujeres escogidos para consolidar los órganos judiciales de todas las categorías, sino que además se ha enseñado a todos los funcionarios judiciales a comprender mejor el carácter nocivo de los antiguos principios y métodos judiciales del Kuomintang revolucionario y se ha empezado a difundir una visión nacional y judicial basada en el marxismo-leninismo y en las enseñanzas de Mao Tse-tung. Se ha robustecido su voluntad de prestar un servicio abnegado al pueblo y se ha trazado la línea de demarcación entre los conceptos

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Shih Liang: "Informe sobre la reforma y la reorganización a fondo de los tribunales populares de todas clases", *Ch'ang-chiang jih-pao* (Diario del Yantze), Hankow, 24 de agosto de 1954.

<sup>18</sup> Ibid. Véase también, por Tao Hsi-chin, "Sobre la reforma judicial", Cheng-fa yen-chiu, núm. 5, 1957, pág. 12.

Dan dos interpretaciones opuestas de la reforma judicial T'ao Hsi-chin, págs. 12 a 16, y Ch'en Shu-fang, Chung-kung ti ssu-fa kai-ko (La reforma judicial de los comunistas chinos), Hong Kong, 1953. 20 Kuang-min jih-pao (Diario de Kuang-ming), Pekín, 31 de agosto de 1957.

judiciales nuevos y viejos. Al mismo tiempo, gracias a la campaña, el imperio de la ley como principio inspirador de los tribunales populares ha cobrado plena efectividad, se ha introducido un nuevo estilo de trabajo y se ha sistematizado la participación del pueblo en las labores judiciales. Todo esto ha sentado cimientos sólidos para consolidar la dictadura democrática del pueblo y la obra judicial del pueblo de la nueva China.<sup>21</sup>

Uno de los blancos principales de la reforma judicial era el hei lü-shih (abogado clandestino). Desde la "liberación", se había obligado a los miembros de la abogacía a abandonar su profesión. Muchos de ellos regentaban oficinas de contabilidad, hacían traducciones o redactaban documentos para el público de las zonas urbanas. Otros se convirtieron en administradores, gerentes, secretarios u oficinistas de empresas privadas. Ahora bien, durante la reforma judicial los comunistas acusaron a los ex abogados de utilizar sus nuevos puestos como pantalla de sus actividades "clandestinas" en perjuicio del pueblo y del Estado. Se dijo que, mediante sus relaciones con familiares, amigos, ex compañeros de estudio y ex colegas, los hei lü-shih y los sung-kun (picapleitos) se habían organizado en grupos y laboraban en estrecho contacto con los ex funcionarios judiciales en una conspiración contra el sistema jurídico de la nueva China. Según las informaciones oficiales, habían cometido actos ilegales, entre ellos delitos de soborno y corrupción, fraude y chantaje, falseamiento de la justicia, monopolio de los pleitos judiciales, instigación a la riña y a la disensión, y confusión de lo bueno y lo malo.22

Como parte de la campaña de reforma, la prensa comunista dio prominencia a los reportajes sobre las actividades "antipopulares" de los "abogados clandestinos". Por ejemplo, en un caso ocurrido en Wuhsi, Kiangsu, un abogado (el padre) y un juez (el hijo) fueron acusados de haberse confabulado para cometer entre 1949 y 1951 más de cien actos punibles, desde la venta de informaciones confidenciales hasta el alojamiento de contrarrevolucionarios. En otro caso, se descubrió que un "abogado clandestino" de Cantón había obtenido de un litigante unos 120 millones de yuan en un solo pleito. Como hizo observar un articulista del Diario del Pueblo, "los abogados clandestinos son los leales guardias de Corps de los elementos criminales y, al mismo tiempo, los cómplices del personal corrupto de los tribunales populares. Consideran al pueblo obrero como objeto de explotación y a la propiedad estatal como

<sup>21 &</sup>quot;Realizaciones de la obra judicial del pueblo en los tres años últimos",

New China News Agency, 23 de setiembre de 1952.

22 Lin Ch'eng, Jen-min jih-pao, 14 de setiembre de 1952; Ch'ang-chiang iih-pao, 9 de setiembre de 1952.

jih-pao, 9 de setiembre de 1952.

23 Chieh-fang jih-pao (Diario de la Liberación), Shanghai, 13 de setiembre de 1952.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Ch'ang-chiang jih-pao, 9 de setiembre de 1952.

blanco de ataque. Muchos criminales, comprendidos elementos contrarrevolucionarios, han eludido su castigo legal con la ayuda de los abogados clandestinos, que son en realidad los destructores del orden social y uno de los obstáculos que entorpecen la construcción de la nación. En armonía con la actual reforma judicial, todos los órganos de gobierno del pueblo han de reprimir severamente las actividades ilegales de los abogados clandestinos." 25

Para aplicar su política de depuración de los "abogados clandestinos", el régimen comunista requirió primero a todos los que habían pertenecido a la abogacía a que se inscribieran en los tribunales populares y se retractaran. Prometió clemencia a los que "confesaran voluntariamente, se arrepintieran sinceramente y denunciaran activamente a los demás abogados clandestinos, así como a los elementos viciados de los tribunales." Entre tanto, amenazó también con severas penas a los que osaran resistir. Una vez los abogados se hubieron inscrito y confesado sus errores, los comunistas procedieron a movilizar las masas para atacarles en las reuniones de acusación y enjuiciamiento, en las que fueron castigados según la gravedad de sus "crímenes".26

No hemos podido determinar el número exacto de los abogados depurados durante la reforma judicial, pero la intensidad de la depuración se apreciaba claramente en algunos informes oficiales. Al cabo del primer mes de la campaña, setecientos ochenta "abogados clandestinos" se habían inscrito y habían "confesado" en Shanghai

y ochenta y seis en Cantón.<sup>27</sup>

#### Desarrollo del sistema de los abogados populares

La Constitución de la República Popular de China, aprobada en setiembre de 1954, marcó el comienzo de una evolución más ordenada de la vida jurídica del país. China había pasado la fase inicial de agitación y represión y entraba entonces en una nueva fase de estabilidad política y progreso económico. El derecho a defenderse figuraba entre las garantías legales democráticas claramente enunciadas por la Constitución y por la Ley Orgánica de los Tribunales Populares (aprobada el mismo mes). El artículo 76 de la Constitución dice: "El acusado tiene derecho a defenderse". El artículo 7 de la Ley Orgánica de los Tribunales Populares precisa lo garantizado al disponer: "El acusado, además de defender personalmente sus intereses, podrá designar a un abogado para que le defienda o podrá hacerse defender por un ciudadano recomendado

Lin Ch'eng, Jen-min jih-pao, 14 de setiembre de 1952.
 Ch'en Shu-fang, págs. 47 y 48. Véase también, por Chow Ching-wen, Ten Years of Storm, Nueva York, 1960, pág. 141. <sup>27</sup> Jen-min jih-pao, 14 de setiembre de 1952.

por una organización popular o aprobado por los tribunales populares, o podrá hacerse defender por un pariente próximo o por un guardián. Cuando lo considere necesario, el tribunal popular podrá también designar a un abogado para que defienda al acusado." 28

La primera indicación de que los nuevos abogados habían comenzado ya a actuar en la China comunista fue la publicación oficial, el 23 de noviembre de 1954, de la sentencia dictada por la Sala Militar del Tribunal Popular Supremo respecto de trece ciudadanos de los Estados Unidos enjuiciados en dos causas bajo la acusación de espionaje. En la sentencia se hacía mención de dos profesores de derecho de la Universidad Popular China que habían actuado en calidad de abogados defensores de los acusados.<sup>29</sup> A principios de 1955, se dijo que treinta y tres tribunales populares estaban realizando experiencias para permitir la actuación de abogados.<sup>30</sup> El 29 de julio de 1955, en un discurso ante el Congreso Popular Nacional, la señorita Shih Liang dijo: "Estamos aplicando a título experimental el sistema de los abogados populares en Pekín, Shanghai, Wuhan y en otras ciudades grandes y medianas y pondremos gradualmente el sistema en práctica tan pronto como hayamos adquirido la experiencia necesaria." <sup>31</sup> A principios de 1956 tuvo lugar una reunión en Pekín para examinar la experiencia ya adquirida en la actuación de los abogados y para discutir los proyectos de "Estatuto de la abogacía" y de "Reglamento provisional para fijar los honorarios de los abogados". Un portavoz del Ministerio de Justicia anunció en la reunión que cierto número de los nuevos abogados empezaría pronto a ejercer en diversas provincias y municipios.<sup>32</sup> En 1957 Shih Liang comunicó que en la mayoría de las ciudades chinas había abogados que actuaban como asesores jurídicos del pueblo.<sup>33</sup> Según los datos de que se dispone, hay unos 2.000 abogados y unos 700 consultorios jurídicos en todo el país.<sup>31</sup> Sin duda, el número de abogados sigue siendo demasiado reducido y, además, los abogados están concentrados principalmente en las ciudades grandes y medianas. Sin embargo, el hecho de que el régimen comunista permita ahora a los abogados ejercer su profesión es un cambio importante respecto a la política anterior.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Los textos de la Constitución y de la Ley Orgánica se reproducen en Documents of the First Session of the First National Congress of the People's Congress of the People's Republic of China, Pekín, 1955.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Jen-min jih-pao, 24 de noviembre de 1954. 30 Kuang-ming jih-pao, 24 de marzo de 1955.

<sup>31</sup> Consulado General de los Estados Unidos de América, Hong Kong, Current Background, núm. 349, 25 de agosto de 1955.

<sup>32</sup> New China News Agency, 6 de abril de 1956.
33 People's China, núm. 12, 1957, pág. 16.
34 Kuang-ming jih-pao, 1° de enero de 1957; Instituto de Investigaciones sobre la China: Chugoku Nenkan, 1960 (Anuario de la China, 1960), Tokio, pág. 143; Félix Greene: Awakened China, Nueva York, 1961, pág. 194.

Lo mismo que ocurrió en la Unión Soviética, el cambio de actitud de los comunistas chinos hacia la abogacía se ha debido a sus esfuerzos por regularizar el sistema judicial. Han dicho al público que los diversos sistemas democráticos constituidos por los tribunales populares - sistema del juicio público, sistema de defensa, jurado. etc. - tienen por fin "asestar golpes decisivos al enemigo y resolver racionalmente las diferencias entre miembros del pueblo, de suerte que ningún inocente sufra perjuicio y ningún criminal quede impune." 85 Han subrayado también la diferencia entre los abogados antiguos y los nuevos y la conveniencia de tener una abogacía popular. Por ejemplo, un escritor comunista enumera los cinco méritos patentes de la institución de los abogados populares.<sup>36</sup> Primero, el nuevo sistema garantiza la aplicación del principio de la defensa en los procesos penales y ayuda además a los tribunales populares a ejercer con acierto las funciones judiciales del Estado. Segundo, la existencia de consultorios jurídicos no sólo es conveniente para las masas, sino que además contribuye al desarrollo de la obra de los tribunales populares para resolver diferencias. Tercero, los abogados populares prestan ayuda a la masa en general, apoyan su lucha contra los crímenes y los criminales y protegen los intereses legítimos de las partes interesadas. Cuarto, con su trabajo rutinario de evacuación de consultas y de participación en los pleitos, los nuevos abogados prestan también un eficaz servicio de propaganda de las políticas, leyes y reglamentos del Estado. Quinto, su participación en los procesos permite vigilar la administración de justicia y hace que los órganos judiciales tengan más interés en mejorar la calidad de su trabajo.

A pesar de esta nueva política, no hay en la China comunista bastantes abogados para atender a la demanda. Los abogados formados antes han tenido que cesar sus actividades, debido primero al movimiento de reforma judicial y luego a la campaña antiderechista de 1957-1958. Al mismo tiempo, el nuevo sistema de enseñanza no produce el número suficiente de juristas profesionales calificados. Hay cuatro colegios de ciencia política y derecho, seis facultades de derecho en las universidades de estudios generales y varios centros de formación jurídica,37 pero las estadísticas indican que el porcentaje de los estudiantes chinos que cursan derecho es muy pequeño. En 1957-58 los estudiantes de derecho y ciencias políticas sólo eran el 2,1 por ciento del total de los matriculados en

36 Huang Yüan: Wo-kuo jen-min lü-shih chih-tu (Nuestro sistema del abogado

<sup>35</sup> Jen-min jih-pao, 11 de diciembre de 1954.

popular), Cantón, 1956, págs. 2 a 9.

37 Leo A. Orleans: Professional Manpower and Education in Communist China, Washington, 1960, Apéndice C, págs. 176 a 203; "Acontecimientos recientes sobre el plano jurídico en la República Popular de China", Boletín de la Comisión Internacional de Juristas, núm. 8, diciembre de 1958, pág. 7.

los centros de enseñanza superior; los graduados en estas mismas disciplinas eran menos del 4 por ciento del total de los graduados de los colegios y universidades.<sup>38</sup> Ese estado de cosas quizá esté compensado en parte por el artículo 7 de la Ley Orgánica de los Tribunales Populares, antes citado, que autoriza a cierto número de personas, además de los abogados, para que presten servicios como defensores, a saber: 1) los ciudadanos recomendados por las organizaciones populares, 2) las personas aprobadas por los tribunales, y 3) los familiares cercanos y los guardianes del acusado.

#### Organización y actividades de los abogados populares

La organización y las actividades de la abogacía popular están regidas por el "Proyecto de reglamento de los abogados", vigente desde 1956. En 1957 el Ministerio de Justicia redactó un documento más detallado, el "Estatuto provisional de la abogacía", pero no se ha hecho ninguna referencia pública a este documento desde el año mencionado.<sup>39</sup>

Los letrados de la China comunista están organizados en asociaciones de abogados, que funcionan en las provincias, regiones autónomas y municipios a las órdenes directas de la autoridad central. Técnicamente, una asociación de abogados es una organización voluntaria de personas que ejercen la profesión jurídica y que funciona con arreglo al principio del centralismo democrático. La asociación no es un órgano del Estado ni una agrupación privada, sino un organismo social integrado en el amplio marco del sistema judicial chino, que acepta la orientación y la vigilancia de los órganos judiciales del Estado. Sus funciones consisten en dirigir la labor de los consultorios jurídicos, facilitar la mejora de los criterios que rigen la práctica jurídica, admitir a nuevos miembros y sancionar a los culpables de infracciones. Bajo la dirección de las asociaciones de abogados funcionan los consultorios jurídicos situados en las provincias, distritos y municipios y cuya misión es desarrollar la labor orgánica y rutinaria de los juristas profesionales.<sup>40</sup>

Las condiciones exigidas para la admisión en la abogacía popular son bastante irregulares, lo que refleja tanto la idea que se hacen los comunistas de los abogados como la aguda escasez de personal calificado en China. En parte alguna se menciona jamás la cuestión de los exámenes de ingreso. Según el reglamento, el

<sup>38</sup> Orleans, Cuadro 4, pág. 71, Cuadro 5, págs. 74 y 75.

<sup>39</sup> Véase una descripción del Estatuto Provisional en Kuang-ming jih-pao, 17 de junio de 1957.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Huang Yüan, pág. 11: "En torno a la cuestión del sistema del abogado popular", Kuang-ming jih-pao, 7 de julio de 1956.

ciudadano que tenga derecho a elegir y ser elegido 41 y que tenga una de las tres condiciones siguientes puede pedir el ingreso en la asociación de abogados. Una vez la junta de gobierno de la asociación ha aprobado su petición de ingreso, el candidato es destinado a un consultorio jurídico para que preste servicios como abogado. Las tres condiciones antes aludidas son las siguientes:

1) habrá de ser un graduado de una facultad de derecho o de una escuela secundaria de derecho de la China comunista que haya realizado trabajos judiciales durante un año como mínimo; 2) habrá de ser una persona con experiencia previa como juez o fiscal durante un año como mínimo en un tribunal popular o en una fiscalía popular; o 3) habrá de ser una persona de cierta categoría cultural, con conocimientos jurídicos y una experiencia social que le capaciten para el ejercicio de la abogacía.

Se dispone además que cualquiera que haya recibido educación jurídica en la República Popular de China pero que no tenga experiencia práctica de los trabajos judiciales podrá también pédir su ingreso en una asociación de abogados. En este caso, se le destinará a un consultorio jurídico para que realice prácticas durante algún tiempo antes de que la asociación le acepte en calidad de miembro. Hay también una disposición relativa a los que no ejercen la abogacía como principal ocupación. Los profesores de ciencias sociales, los maestros, los investigadores que trabajen en las universidades, colegios, escuelas profesionales o institutos de investigación, los diputados de los Congresos Populares que no desempeñen funciones administrativas y los funcionarios de diversas organizaciones populares podrán ejercer la abogacía como profesión secundaria si son aceptados por una asociación de abogados.<sup>42</sup>

Los abogados populares son funcionarios públicos y no profesionales privados. Todos trabajan en los consultorios jurídicos, cada uno de los cuales funciona bajo la autoridad de un director escogido por la asociación de abogados. Los ciudadanos, los organismos estatales, las empresas y las agrupaciones sociales pueden dirigirse a un consultorio jurídico para pedir asistencia de diversas

clases.

Los clientes pagan los honorarios al consultorio jurídico y no a los abogados. La suma, corrientemente pequeña, es fijada de

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Además, conviene tener presente que, según una resolución aprobada en mayo de 1956 por el Comité Permanente del Congreso Popular Nacional, una persona que haya sido privada de los derechos políticos sólo puede actuar como abogado defensor de sus familiares más cercanos. *Jen-min shou-ts'e* 1957 (El manual del pueblo), Tientsín, 1957, pág. 337.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Huang Yüan, págs. 10 y 11; Kuang-ming jih pao, 7 de julio de 1956. A título de comparación, véase la descripción de la abogacía soviética que V. Gsovski y K. Grzybowski hacen en su obra Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe, Nueva York, vol. 1, págs. 559 y 564.

común acuerdo entre el cliente y el director del consultorio teniendo en cuenta el coste de vida y la clase de trabajo realizado. Algunas veces han de prestarse servicios gratuitos si el cliente es demasiado pobre para pagar honorarios, ha entablado una demanda de pensión de vejez o de alimentos, o aduce otras razones apropiadas.<sup>43</sup> Los abogados perciben sus sueldos de los consultorios jurídicos en los que ejercen en forma colectiva. La escala de sueldos es fijada por la junta de gobierno de la asociación teniendo en cuenta la competencia y el trabajo efectuado por cada profesional.<sup>44</sup>

En general, el abogado popular desempeña tres funciones principales. Primero, evacúa consultas y facilita a los miembros del público dictámenes sobre cuestiones relacionadas con la ley y los procedimientos legales. Segundo, prepara instancias, contratos, acuerdos y otros documentos jurídicos para individuos y para agrupaciones. Tercero, actúa como defensor del acusado en las acciones criminales o como representante del demandante, demandado y demás partes interesadas en las civiles.<sup>45</sup>

La jornada del abogado popular está agobiada de trabajo, dado que en la actualidad el público se dirige a los consultorios jurídicos en demanda de servicios que prestaban antes las dependencias de información pública de los tribunales populares. Al cabo de un mes y medio de funcionamiento, se dijo en 1956 que cinco consultorios jurídicos de Shanghai habían evacuado 3.584 consultas, redactado 879 documentos pedidos por visitantes individuales y representado o defendido a clientes en 281 asuntos. 46 Una abogada adscrita a un consultorio consiguió atender en un solo día a 12 asuntos sobre cuestiones de matrimonio, deudas y arrendamiento de viviendas.<sup>47</sup> A principios de 1957, los consultorios jurídicos de algunas ciudades grandes y de provincias empezaron a confiar a sus abogados la asesoría regular de ciertos organismos, empresas, sociedades y cooperativas. 48 Desde los comienzos del "Gran Avance", se ha atribuido más importancia a la labor del letrado consistente en explicar las cuestiones conexas con la ley y a difundir el conocimiento del sistema jurídico socialista. Lo mismo que los trabajadores judiciales de la China comunista, los abogados popu-

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> El texto del "Reglamento provisional para fijar los honorarios de los abogados", promulgado el 20 de julio de 1956, se reproduce en *Chuang-hua jen-min kung-ho-kuo fa-kuei hui-pien* (Repertorio clasificado de las leyes y reglamentos de la República Popular de China), Pekín, 1957, vol. 4, págs. 235 a 238.

<sup>44</sup> Kuang-ming jih-pao, 7 de julio de 1956.

<sup>45</sup> Huang Yüan, págs. 9 y 10.

<sup>46</sup> Kuang-ming jih-pao, 6 de julio de 1956.

<sup>47</sup> New China News Agency, 12 de julio de 1956.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Así ocurrió en ciudades como Pekín y Shanghai y en provincias como Shantung y Kiangsu; *Kuang-ming jih-pao*, 18 de febrero de 1957.

lares han visitado las fábricas y las explotaciones agrícolas para poner sus servicios al alcance de las masas y realizar campañas de propaganda y educación sobre la observancia de las leyes.<sup>49</sup>

La participación en los litigios judiciales es una de las funciones del abogado que merece especial atención. En los civiles, lo primero que suele hacer el abogado popular es tratar de llegar a alguna forma de transacción o de solución amistosa interponiendo su mediación y buenos oficios. Se ha hecho referencia a varios casos en los que los abogados ayudaron a sus clientes a resolver sus diferencias familiares, matrimoniales o las relativas a deudas o problemas de propiedad sin recurrir al litigio judicial.<sup>50</sup> Sin embargo, en algunas ocasiones el abogado popular comparece ante el tribunal para actuar en nombre de litigantes en asuntos civiles. Los "Principios generales del procedimiento judicial de los pleitos civiles en los tribunales populares de distintas categorías" establecen que, si una de las partes es menor de edad, es una persona con un impedimento físico fundamental o es una persona que padece una enfermedad mental que no le permite participar en un litigio, será necesario pedir a un abogado o al pariente más cercano que sea su agente en el pleito.<sup>51</sup> Las personas que tienen pocos conocimientos jurídicos o que no pueden desatender su trabajo u otros asuntos pueden hacerse representar también por abogados en los negocios civiles. En la China comunista, cuando una parte pide a un abogado que actúe en su nombre en un asunto civil, puede extender el mandato (delegación de poder) por escrito o verbalmente. Según sostienen los comentaristas comunistas, el mandato ha de definir claramente la amplitud de la autoridad delegada al abogado. Rechazan como improcedente y confusionario el denominado mandato plenipotenciario, que confiere poder mediante una declaración de carácter general, por ejemplo, la de "encargarse de todos los asuntos." 52

En una acción penal, el abogado de la nueva China puede actuar como defensor previo encargo del acusado o por designación del tribunal. Se dice que su tarea consiste en defender los derechos y los intereses legítimos del acusado, por una parte, y en asistir al

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Ch'angchow jih-pao (Diario de Ch'angchow), Ch'angchow, 14 de mayo de 1958.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Huang Yüan, págs. 5 y 6; *Honan jih-pao*, 11 de noviembre de 1958; *Wen-hui pao* (Noticiero de Wen-hui), Hong Kong, 12 de mayo de 1957; *Anhwei jih-pao*, 22 de mayo de 1956.

Anhwei jih-pao, 22 de mayo de 1956.

51 Basic Problems in the Civil Law of the People's Republic of China, Nueva York, 1961 (JPRS: 4879), pág. 94; hemos cotejado este texto con el original en chino: Chung-hua jen-min kung-ho-kuo min-fa chi-pen wen-t'i, Pekín, 1958, págs. 90 y 91.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Basic Problems in the Civil Law of the People's Republic of China, Kuo k'o-hung: "Cuestiones relativas a la autoridad del abogado como agente en los negocios civiles", Kuang-ming jih-pao, 15 de enero de 1957.

tribunal a dictar una sentencia acertada, por otra.<sup>53</sup> Lo mismo que en la Unión Soviética, en China el abogado defensor no participa en la instrucción del proceso. Sin embargo, para desarrollar la defensa puede tomar las medidas siguientes según el procedimiento establecido: estudiar los expedientes y los elementos relativos al asunto, entrevistarse con el acusado, interrogar a testigos, expertos y al acusado en la vista del juicio, citar e interrogar a nuevos testigos, presentar nuevos elementos de prueba y participar en los debates judiciales. En caso necesario, y con el consentimiento del demandado, puede recurrir contra la sentencia y presentar su versión del caso ante el tribunal de segunda instancia.<sup>54</sup>

Según los comunistas chinos, el defensor no es un agente del acusado en un proceso penal. Es parte independiente en el juicio v no tiene que cumplir lo requerido por el demandado. Ha de ejercer sus funciones teniendo en cuenta consideraciones jurídicas y en ninguna circunstancia puede falsificar pruebas, falsear hechos o utilizar engaños con objeto de ayudar a su cliente. Si los elementos de prueba presentados por la acusación son insuficientes en todo o en parte, el abogado habrá de desarrollar la defensa con vistas a probar la inocencia del acusado o a mitigar su responsabilidad. Si, por otra parte, el delito ha quedado establecido más allá de toda duda, el abogado habrá de defender al acusado haciendo valer ciertas circunstancias atenuantes, entre ellas los motivos del delito y los medios utilizados para cometerlo, la edad del procesado, el grado de su arrepentimiento, las razones objetivas a que obedece el delito, etc.55

Para describir cómo funciona el "procedimiento democrático". la prensa china ha comentado de vez en cuando causas en las que los acusados estaban defendidos por abogados populares, pero la mayoría de estas causas eran de naturaleza rutinaria y apolítica. Sólo en raras ocasiones ha habido excepciones. Se aludió a la presencia de abogados defensores en los procesos por "espionaje" celebrados en 1954 y en 1960; en uno de ellos estaban implicados trece norteamericanos y en el otro los obispos James Walsh y Kung P'in-mei.<sup>56</sup> Ahora bien, la prensa no facilitó detalles, salvo las sentencias. Es dudoso que en ambos procesos los abogados hicieran algo más que ayudar el régimen a guardar las apariencias.

de 1960.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Wang Hou-li: "Un importante sistema democrático: la defensa por abogado", Kuang-ming jih-pao, 14 de enero de 1955.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Huang Yün, pág. 13; Chao Hsu-lun y Ma Jung-chieh: "Qué entendemos nosotros por sistema de defensa", Kuang-ming jih-pao, 24 de marzo de 1955. <sup>55</sup> Ch'u Huai-chih y Chang Min-fu: "Para una comprensión del sistema de defensa en los procesos penales de nuestro país", Hsin chien-she (Nueva Construcción), núm. 5, 1956, pág. 15.

56 New China News Agency, 23 de noviembre de 1954 y 17 y 18 de setiembre

En los casos rutinarios y apolíticos relatados en los periódicos chinos, los abogados defensores desplegaron esfuerzos más efectivos para defender a sus clientes. Por ejemplo, tenemos noticia de un caso juzgado en Shanghai en el que se acusaba al gerente adjunto de un almacén de haber agredido con un cuchillo al gerente. Entre los argumentos aducidos por la defensa para probar la inocencia del acusado figuraba el de que la agresión había sido un acto de legítima defensa y de que el acusado había sido detenido en violación del Reglamento vigente en materia de detención e internamiento en la República Popular de China.<sup>57</sup> En un caso por negligencia juzgado en Tsingtao, se atribuía a un farmacéutico la responsabilidad de haber causado al Estado una pérdida directa de 400.000 yuan y una indirecta de 1.670.000. Su abogado llamó la atención hacia las mediocres calificaciones técnicas del acusado y hacia el mal estado del utillaje de la fábrica como circunstancias atenuantes que favorecían al acusado. 58 En un proceso por falsificación desarrollado en Pekín, el acusado había sido enjuiciado por haber intentado obtener honores y empleo mediante documentos falsos. El abogado defensor hizo ver primero que el acusado, al cometer estas actividades delictivas, se había movido por consideraciones materiales y personales que diferían de los motivos políticos y de las actividades contrarrevolucionarias perjudiciales para los intereses políticos del Estado. Enumeró luego algunos factores objetivos en que basó su argumento de que no debía tenerse al acusado por responsable exclusivo del daño causado a la sociedad. 59

#### Problemas y dificultades

Al examinar el sistema de los abogados populares de China, debe tenerse presente que éste se halla todavía en la fase experimental y que está aplicándose en una nueva sociedad comunista en vías de evolución. Las irregularidades y desventajas en que han de actuar los abogados chinos reflejan de hecho la inestabilidad de la abogacía popular y la del entero sistema jurídico de la China comunista.

Uno de los problemas con que se enfrenta el abogado popular es la existencia de muchas lagunas en el derecho chino. Algunas leyes básicas (las relativas a la tierra y al matrimonio, las contra-rrevolucionarias, etc.) han sido promulgadas, pero la República Popular carece de códigos penal, civil o procesal completos. Todavía más: las leyes vigentes contienen muchas disposiciones vagas y contradictorias. Esta falta de leyes precisas y de códigos completos dio

Hsin-wen jih-pao (Diario de Noticias), Shanghai, 4 de junio de 1957.
 Tsingtao jih-pao (Diario de Tsingtao), Tsingtao, 17 de marzo de 1955.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Jen-min jih-pao, 31 de agosto de 1956.

lugar a quejas durante la fase de las "Cien Flores", en la primavera de 1957, cuando varios juristas eminentes – algunos de ellos miembros del Partido Comunista – pusieron de relieve la falta de "leyes a las que pudieran remitirse" y abogaron por la creación de un sistema jurídico estable y detallado.<sup>60</sup>

En una declaración del primer ministro Chu En-lai se explican las deficiencias del sistema jurídico de China del modo siguiente: "Es díficil redactar los códigos civil y penal antes de haber completado en lo esencial la transformación socialista de la propiedad privada de los medios de producción y el pleno establecimiento de la propiedad socialista de los medios de producción." 61 Otros portavoces comunistas han subrayado también que las leyes de la República Popular de China son de carácter "revolucionario y cambiante" y no pueden ser formuladas rígidamente en disposiciones excesivamente detalladas. 62 Sea lo que fuere, lo cierto es que el abogado en ejercicio puede tropezar con muchas dificultades en su trabajo siempre que no puede aplicar leyes y reglamentos definidos.

Otro problema que entorpece la labor del abogado popular es la actitud hostil que algunas veces adopta el personal judicial. Dado que el sistema de defensa por abogado se halla todavía en su infancia, muchos jueces y fiscales tienden a tratar a los asesores jurídicos con hostilidad y desprecio. Algunos les consideran como subordinados y hasta les ordenan que les presten ayuda en sus investigaciones. Otros consideran que la presencia del abogado en el juicio es una "molestia" y una "pérdida de tiempo" y adoptan una actitud que puede resumirse en "cualesquiera que sean tus argumentos, decidiré el caso como me parezca". Otros, en fin, consideran la defensa por abogado como "menoscabo de los principios (revolucionarios)" y "protección para los delincuentes" y censuran al abogado por

chinos en la obra de Roderick MacFarquhar The Hundred Flowers Campaign and the Chinese Intellectuals, Nueva York, 1960, págs. 114 a 116. En el Informe político del Comité Central presentado al octavo Congreso Nacional del Partido Comunista Chino, el mismo Liu Shao-chi tuvo que decir lo siguiente: "Con objeto de consolidar la dictadura democrática de nuestro pueblo, defender el orden en beneficio de la construcción socialista, salvaguardar los derechos democráticos del pueblo y castigar a los contrarrevolucionarios y a otros criminales, una de las tareas urgentes que ha de abordar nuestro Estado en el momento actual es iniciar la codificación sistemática de una serie bastante completa de leyes y establecer el sistema jurídico del país sobre una base sólida". Eighth National Congress of the Communist Party of China, Pekín, 1956, vol. 1, pág. 81.

<sup>61</sup> New China News Agency, 26 de junio de 1957. 62 "Algunos problemas relativos al sistema jurídico democrático instaurado por el pueblo de nuestro país", Cheng-fa yen-chiu, núm. 2, 1959, págs. 4 a 7.

"tomar partido en favor de individuos turbios y perder el sentido de lo bueno y lo malo." 63

En estas circunstancias, es evidente que el abogado popular ha de desempeñar sus funciones con sumo cuidado. No querrá ciertamente "menoscabar los principios" con el ejercicio de la defensa de personas acusadas de delitos contrarrevolucionarios. Su tarea puede ser muy delicada en vista de que la distinción entre delitos políticos y comunes jamás se ha marcado con claridad en la China comunista.<sup>64</sup>

Por último, la desventaja más grave con que tropiezan los abogados chinos parece ser la posición adoptada por el gobierno comunista en cuanto a su relación con el procesado y su misión en el juicio. Debe subrayarse que entre 1954 y 1957 el derecho evolucionó en China hacia una liberalización gradual. Ahora bien, en la campaña antiderechista de 1957–1958 se dio un abrupto cambio de dirección a este movimiento. Hasta que Pekín se lance por una dirección liberal, y a menos que así lo haga, la labor de los abogados seguirá siendo entorpecida por la nueva rigidez comunista que se refleja en algunos ensayos importantes publicados en las revistas jurídicas chinas. 65

Según la tesis defendida en estos ensayos, el abogado popular ha de anteponer sus deberes hacia el Estado a sus deberes hacia el acusado. Sería "absurdo" permitir al abogado que guarde para sí los secretos profesionales confiados por el acusado. En realidad, el abogado tiene el deber de persuadir al acusado para que se confiese culpable y, si se niega, tiene el deber de denunciarle y de revelar sus secretos. La misión del defensor es, antes que nada, "salvaguardar el sistema jurídico socialista y consolidar la dictadura del proletariado". Al desempeñar la tarea de

<sup>63 &</sup>quot;Algunas palabras en favor del abogado popular", Kuang-ming jih-pao, 27 de enero de 1957. Un destacado comunista chino ha manifestado también preocupación por algunos de estos problemas. Véase, por Ma Hsi-wu: "Algunos problemas relativos a la labor de decisión judicial", Hsin-hua pan-yüeh-k'an, (Revista quincenal de la Nueva China), Pekín, núm. 9, 1956, págs. 18 y 20. 64 En total, han aparecido seis artículos en Cheng-fa yen-chiu (núms. 3, 4 y 5, 1958) sin que se haya llegado a una conclusión sobre lo siguiente: "¿Han de considerarse todos los actos punibles como divergencias entre el enemigo y nosotros? ¿Hay que tratar a todos los delincuentes como producto de la dictadura?"

<sup>65</sup> Véanse algunos ensayos característicos sobre la labor de los abogados en los artículos de Ch'eng Jung-ping, "El abogado defensor ha de actuar en favor del sistema jurídico socialista", Fa-hsüeh (Jurisprudencia), núm. 2, 1958, págs. 36 a 38; Lin Tse-chiang, "Criticad a fondo los posiciones burguesas en la labor de los abogados populares", ibid., págs. 39 a 43; Su I, "¿Debe el abogado defensor denunciar el delito u ocultarlo?", Cheng-fa yen-chiu, núm. 2, 1958, págs. 76 y 77; y Wu Lei, "Examen del ensayo sobre el 'Estudio de la misión del abogado defensor en el procedimiento penal'", ibid., págs. 78 a 81.

defender a su cliente, ha de favorecer siempre los intereses del Estado y del pueblo. No se permite la menor desviación.

Teniendo en cuenta que ésta es la política oficial, fácil es imaginar las difíciles condiciones en que se halla el sistema de la defensa por abogado en China. No sólo se restringe la actividad profesional del abogado en la esfera del procedimiento criminal, sino que además reposa sobre una base precaria su relación con el acusado. Esto puede explicar en parte la tendencia que se advierte recientemente a confiar a los abogados chinos una labor educativa y de propaganda, y no pleitos judiciales. 66 Caben pocas dudas de que, con el transcurso del tiempo, la China comunista abandonará algunas de sus prácticas irregulares y adoptará métodos jurídicos con los que los pueblos occidentales están más familiarizados. Ahora bien, entre los que con toda probabilidad no cambiarán figura una característica fundamental del abogado popular. Lo mismo que el soviético, el abogado chino no es el adalid de los derechos privados, sino un agente auxiliar del Estado. 67

SAO-CHUAN LENG \*

<sup>\*</sup> De la universidad de Virginia.

<sup>66</sup> Esta tendencia debe considerarse como parte integrante de la "política de masas" que halla expresión en el "Gran Avance"; ahora bien, en 1960 un destacado jurista chino subrayó que los abogados y jueces chinos no tenían suficiente labor judicial y tenían que desempeñar más funciones educativas en la esfera del derecho. Véase Greene, pág. 194.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Esta es la descripción del abogado soviético que dan en su obra Gsovski y Grzybowski; vol. 1, pág. 564.

## LA INSTITUCIÓN DEL "OMBUDSMAN" EN NUEVA ZELANDIA

Nueva Zelandia, país pequeño, poblado por poco más de dos millones y medio de habitantes y remoto, en términos geográficos, de los principales centros de la cultura y el comercio, se ha señalado no obstante a la atención del mundo debido a su legislación social. Fue el primer país del Commonwealth (entonces Imperio británico) que concedió el derecho de sufragio a la mujer. Esto ocurrió en 1893. Su sistema de pensiones de vejez fue instituido unos doce años antes que el creado por Lloyd George en Gran Bretaña. Su régimen de seguridad social, introducido en 1936 por el gobierno laborista, otorgó a sus ciudadanos un sistema de prestaciones de la "cuna a la tumba" cuando la creación de servicios análogos en Gran Bretaña se consideraba casi como una visión utópica.

Por consiguiente, no sorprende que Nueva Zelandia se haya anticipado a los demás países británicos en la elaboración de planes tendentes a crear la función del "ombudsman", llamado "el que atiende a las quejas" y al que se denomina en el proyecto de ley presentado el año pasado a la Cámara de Representantes comisario parlamentario de Investigaciones. Otros asuntos agobiaron al Parlamento y, de no haber sido por esta razón, no es improbable que en la legislatura de 1961 se habrían aprobado las disposiciones necesarias para crear la institución. Ahora bien, el ministerio formado por el partido nacional, que reemplazó al laborista después de las elecciones generales de noviembre de 1960, tenía que desarrollar un vasto programa legislativo si quería llevar a la práctica por lo menos la mayoría de sus promesas electorales. La legislatura, que en 1961 empezó el 22 de junio, duró un poco más que de costumbre, cerca de cinco meses, pero esto no bastó para que pudieran aprobarse todas las leyes que cada ministro deseaba poner en efecto. Por eso, el proyecto de ley sobre el comisario parlamentario de Investigaciones sólo llegó a la etapa de la primera lectura, pero se aseguró públicamente que será presentado de nuevo en la próxima legislatura.

La historia del "ombudsman" en los países escandinavos queda descrita de manera adecuada en el informe que "Justice", sección británica de la Comisión Internacional de Juristas, publicó recientemente con el título *The Citizen and the Administration*. La insti-

tución se convirtió en tema de discusión política en Nueva Zelandia del modo siguiente: en 1959 el fiscal general del gobierno laborista asistió en compañía del subsecretario de Justicia, que es ahora secretario de Justicia y, por lo tanto, jefe permanente del departamento, a un seminario celebrado en Kandy, Ceilán, bajo los auspicios de las Naciones Unidas. En el seminario la cuestión del "ombudsman" fue objeto de amplio debate; el profesor Hurwitz, titular de la función en Dinamarca, disertó sobre "El ombudsman escandinavo". A su regreso a Nueva Zelandia, el fiscal general no tomó medida alguna para crear esta institución, pero es evidente que el secretario de Justicia quedó muy interesado por lo que había oído. Cuando el partido nacional derrotó electoralmente al laborista y asumió el poder a fines de 1960, el fiscal general precedente - un abogado sumamente respetado pero anciano - fue reemplazado por alguien, objeto también de mucha estima pero mucho más joven, al que el secretario de Justicia parece haber conquistado para su causa. Sea lo que fuere, las comisiones gubernamentales iniciaron la elaboración del texto que, con el título "Proyecto de ley relativo al nombramiento del comisario parlamentario de Investigaciones", se presentó a la Cámara de Representantes el 29 de agosto.

La primera salva fue disparada en la Cámara el 9 de agosto cuando uno de los diputados del partido nacional preguntó al ministro de Justicia, que es también el fiscal general, si "en vista del interés público universal por el nombramiento del *ombudsman*, comunicará a la Cámara si el correspondiente proyecto de ley se someterá en la presente legislatura" (la referencia al interés público universal ha de considerarse como una exageración excusable). La respuesta del ministro fue afirmativa.

Quizá convenga mencionar aquí que en la Cámara de Representantes de Nueva Zelandia las preguntas se plantean a los ministros por escrito. Las preguntas del representante y las respuestas escritas del ministro se publican en el Orden del Día. Una vez por semana (por lo común, la tarde del miércoles), un representante propone la suspensión del debate en curso para poder examinar las respuestas de los ministros. Los representantes tienen entonces la oportunidad de hacer referencia a la respuesta dada por un ministro a la pregunta que se le haya dirigido. No se permite formular preguntas suplementarias, al revés de la práctica seguida en la Cámara de los Comunes británica, pero a menudo las observaciones hechas por los representantes en el curso de sus discursos requieren una respuesta del ministro competente. Del mismo modo, el ministro tiene la oportunidad de ampliar lo manifestado en su respuesta por escrito.

Tocante al comisario parlamentario, parece que ningún otro representante, además del que planteó la pregunta, tenía por el tema interés suficiente para tratar del asunto en la Cámara. Ahora bien,

el ministro aprovechó la ocasión para dar de la ley propuesta más detalles que los consignados en su escueta respuesta a la pregunta del representante.

El fiscal general dijo que, en el programa presentado por el partido nacional en las elecciones de 1960, se había declarado categóricamente que, para lograr que en sus relaciones con los departamentos ministeriales el público tuviera el derecho y la posibilidad de obtener una revisión independiente de las decisiones administrativas, el partido nacional proponía la creación de una autoridad a la que podrían recurrir los ciudadanos, y dar a toda persona perjudicada por una decisión administrativa la oportunidad de conseguir la revisión de la decisión. Dijo el ministro que la promulgación de la ley sería un intento encaminado a invertir la tendencia que viene sintiéndose desde hace siglos: el cercenamiento de los derechos individuales de los ciudadanos y la ingerencia cada vez mayor del Estado en el ejercicio de estos derechos. A título de ejemplo, v para explicar cómo podría el "ombudsman" ejercer su influencia, el fiscal general se refirió a la negativa del Departamento de Educación a facilitar medios de transporte a escolares. Como norma de política general, se proporciona a los niños que cursen estudios en una escuela primaria y vivan a más de tres millas de ésta el medio de transporte necesario para el viaje de ida y vuelta. Ahora bien, esta disposición se aplica de hecho según decida discrecionalmente el Departamento. En muchos casos se ha tropezado con dificultades al negarse la prestación de servicios educativos distintos de los facilitados por la sección de enseñanza por correspondencia del Departamento debido exclusivamente a la falta de transporte.

Otro ejemplo mencionado por el fiscal general fue la expropiación de tierras con arreglo a la Ley de Obras Públicas. (Al mencionar este caso, el fiscal general quizá tenía presente el asunto de Crichel Down.) Dijo que, según la ley, la cuestión de si un determinado lote de terreno tenía que ser expropiado por razón de obras públicas debía ser resuelta por el ministro exclusivamente, pero el fiscal general preveía la posibilidad de que el "ombudsman" examinara los informes del departamento sobre la materia y visitara tal vez la localidad para averiguar si era realmente necesario expropiar el lote o si podía expropiarse otro, y de que informara al ministro en consecuencia.

Al hacer mención de la expropiación forzosa de tierras, el fiscal general no se refirió a uno de los puntos débiles del proyecto de ley, a saber, que no confiere la facultad de vigilar el ejercicio de las atribuciones ejercidas por las autoridades locales. En Nueva Zelandia, casi todas las autoridades locales (expresión de amplio alcance que comprende a los consejos municipales y a los patronatos universitarios) están facultadas para adquirir tierras por expropiación forzosa; a falta de acuerdo, el importe de la indemniza-

ción es fijado por un tribunal instituido especialmente al efecto. Las actividades de estos organismos han dado lugar a menudo a quejas; se ha dicho que sus funcionarios y concretamente los secretarios y los ingenieros municipales ejercen poderes casi dictatoriales, a pesar de que se requiera la autorización formal del órgano deliberante de la autoridad local para llevar a cabo las propuestas. Para citar un ejemplo, las juntas administradoras de los puertos tienen atribuciones legales para adquirir terrenos por expropiación forzosa; al paso que aumentaba el comercio de Nueva Zelandia, estas juntas no han titubeado en lograr sus objetivos mediante la expropiación forzosa de terrenos que, dada su cercanía a los centros de comercio, tal vez hayan estado ocupados durante muchos años por empresas comerciales de arraigo. Claro está que las empresas perciben una indemnización, pero ésta es raras veces adecuada desde el punto de vista económico. La sola compensación, sumamente ineficaz, del expropiado consiste eliminar de la junta a los responsables del acto en las elecciones siguientes. Sea lo que fuere, el propuesto comisario no tendrá autoridad para investigar las quejas contra las disposiciones de las juntas o contra las de cualquier otra autoridad local.

El proyecto de ley relativo al nombramiento del comisario parlamentario de Investigaciones fue sometido a la Cámara de Representantes el 29 de agosto. En esa fecha se recibió el mensaje del gobernador general que comunicaba el proyecto de ley. Era necesario seguir este procedimiento porque el proyecto de ley suponía la utilización de recursos financieros. El mensaje y el proyecto fueron remitidos a la Cámara funcionando como comisión plenaria. Esto dio al fiscal general la posibilidad de explicar las disposiciones del proyecto y, en respuesta al fuego graneado de preguntas de los representantes, la posibilidad de exponer su interpretación de algunas de las cláusulas. Por supuesto, esta interpretación no tendrá carácter obligatorio para los tribunales, pero es interesante como exponente de las intenciones del ministro y de sus asesores.

Se abrieron los créditos necesarios de conformidad con la recomendación contenida en el mensaje del gobernador general y, tras la presentación de la resolución a la Cámara y su aceptación por ésta, el proyecto de ley fue leído por primera vez. Hasta este punto ha avanzado la tramitación del proyecto.

Será interesante observar si, cuando vuelve a presentarse el proyecto a la Cámara de Representantes en la próxima legislatura, según la intención declarada del Gobierno, se propondrán enmiendas al proyecto en su forma actual. Entre tanto, puede examinarse éste en la forma en que ha sido sometido a la Cámara de Representantes.

Consta de veintiocho cláusulas y de una lista en la que enumeran los departamentos ministeriales (24) y los demás organismos (22)

a los que se piensa aplicar la ley. La lista es interesante y parece abarcar todos los sectores de la actividad del gobierno central. Nueva Zelandia siente especial preferencia por encargar a organismos del gobierno central especialmente creados la dirección de determinadas actividades. Por ejemplo, la gestión del organismo estatal de crédito que regula la concesión de recursos públicos para la construcción de viviendas destinadas a la venta o al arrendamiento incumbe a una Junta de Administración. La construcción de las vías principales de comunicación es función de la Junta encargada de las Carreteras Nacionales. Ambos organismos estarán dentro de la competencia del comisario propuesto. La única crítica que está justificado formular a este respecto es la de que, como se ha dicho antes, no estarán comprendidas las autoridades locales.

La cláusula 2 del proyecto crea la institución de comisario parlamentario de Investigaciones y dispone que su nombramiento se hará por el gobernador general previa recomendación de la Cámara de Representantes y no, conviene destacar, previa recomendación del gobierno o de un ministro. No podrá ser miembro del Parlamento y, sin la aprobación del primer ministro para cada caso particular, no podrá ejercer ninguna función de responsabilidad o beneficio distinta de su cargo de comisario ni desarrollar ninguna actividad remunerada ajena a las obligaciones de su función (cl. 3).

La cláusula 4 fija la duración del mandato del comisario y, sea dicho esto con todo respeto, contiene disposiciones que parecen privar a la función de toda la utilidad que se haya pensado darle. El párrafo 1 dice: "La recomendación relativa al nombramiento del comisario se hará en la primera o segunda legislatura de cada diputación". En Nueva Zelandia la duración normal del mandato legislativo es tres años y se celebra corrientemente al año una legislatura, que dura de cuatro a cinco meses. Por eso, si las palabras tienen algún sentido, y el empleo de la expresión "al año" es significativo, el nombramiento del comisario habrá de ser renovado cada tres años o tal vez cuatro, si es nombrado en la primera legislatura de un mandato legislativo y la cuestión de la renovación del mandato se plantea en la segunda legislatura de la diputación subsiguiente.

La posibilidad de que el mandato del comisario no sea renovado al revisarse el nombramiento había sido prevista sin duda por el fiscal general pues, al discutirse la moción de presentación del proyecto, dijo:

Su mandato ha de renovarse cada tres años como se ha mencionado antes, quizá cada cuatro años, de suerte de que, en realidad, será más fácil su destitución que la del interventor y censor general de cuentas o la de un magistrado. Tendrá muy amplias atribuciones para criticar la administración del Estado, y nuestro gobierno [el formado por el partido nacional] habrá nombrado quizá a una persona que no se ajusta a la idea de lo que debe ser un "ombudsman" a juicio, pongamos por caso, de un ministerio socialista, que tal vez quiera designar para el

cargo a una persona totalmente distinta... Sería difícil defender la opinión de que ha de crearse una institución con funciones de mucha responsabilidad desde la cual el titular podría acaso entorpecer la actuación del gobierno que ocupe el poder o satisfacer a un gobierno pero desagradar a otro.

El fiscal general trató de justificar su actitud haciendo referencia al caso de Dinamarca. Dijo que Nueva Zelandia ha copiado en lo posible la práctica seguida por Dinamarca, según la cual el nombramiento se revisa cada vez que se renueva el mandato del Parlamento. Ahora bien, en el momento en que hablaba el fiscal general, apenas había habido tiempo para poner en práctica el principio adoptado por Dinamarca. El "ombudsman" danés fue nombrado por primera vez en 1955 y siguió ocupando el cargo después de las elecciones de 1957. No sabemos en el momento de escribir estas líneas si ha sido confirmado en el cargo después de las elecciones de 1961.

Sin embargo, puede hacerse una objeción mucho más grave a la propuesta de que se revise el nombramiento del comisario después de la renovación del mandato legislativo teniendo en cuenta lo difícil que tal vez será conseguir que la persona apropiada acepte el cargo. El sueldo previsto es el de 3.500 libras al año, una suma intermedia entre el sueldo de un juez estipendario y el de un magistrado del Tribunal Supremo y el mismo sueldo que el del interventor y censor general de cuentas. En comparación con los sueldos abonados en Nueva Zelandia, es un sueldo excelente y hasta elevado, pero ni siquiera esto servirá para atraer a una persona que quizá deba renunciar a un puesto estable como el de profesor universitario (éste era el cargo desempeñado por el "ombudsman" danés) aunque sea para percibir un sueldo mayor, si hay el riesgo de no ser confirmado en el puesto después de unas elecciones generales.

Se preguntó directamente al fiscal general si el cargo de comisario quedaría protegido de la misma manera que el de interventor y censor general de cuentas. El fiscal general contestó que el comisario no tendría la misma seguridad en el cargo que el inter-

ventor y censor general de cuentas.

En virtud del artículo 12 de la Ley de 1953 sobre ingresos públicos, el interventor y censor general de cuentas ejerce sus funciones mientras observe buena conducta y sólo puede ser destituido previa petición de la Cámara de Representantes al gobernador general. Gracias a lo seguro de su posición, el interventor y censor general de cuentas ha podido formular sanas observaciones sobre los gastos del Estado, observaciones que han llegado incluso a turbar al gobierno. En su informe relativo al ejercicio cerrado el 31 de marzo de 1960, el interventor de cuentas consideró necesario criticar las medidas tomadas por el gobierno para la construcción de un ferrocarril en la Isla Meridional (la línea Nelson), que durante años había sido una manzana de discordia política. Hizo

destacar que, en vista de la estipulación concreta que figura en la Ley de Obras Públicas según la cual se requiere una ley especial del Parlamento para autorizar la construcción de cada ferrocarril, el anuncio publicado antes del cierre del ejercicio financiero de que iban a iniciarse las obras de la línea Nelson, a pesar de no haberse aprobado la ley de autorización, obligaba a la Oficina de Intervención de Cuentas a poner en entredicho la legalidad de los gastos propuestos. El entonces primer ministro pidió a la Intervención de Cuentas que aprobara la asignación de recursos procedentes del crédito "Construcción de ferrocarriles" para la de la línea Nelson, pero el interventor general contestó al primer ministro que, en vista de las disposiciones legislativas antes mencionadas, no parecía razonable pedir a su Oficina que aprobara la inversión de fondos en la construcción de dicha línea cuando ello era tan manifiestamente incompatible con la ley vigente. El asunto fue resuelto finalmente por el interventor general en armonía con el ministro de Obras Públicas: la suma pedida podía consignarse apropiadamente en concepto de levantamientos topográficos preliminares y no en concepto de obras de construcción. (Quizá convenga mencionar que el ministerio del partido nacional ha suspendido los trabajos en la línea propuesta.)

Comentarios francos como el antes descrito son los que cabe esperar del comisario parlamentario, pero ¿ puede preverse que los hará si sabe que la renovación de su nombramiento depende de la Cámara de Representantes y en realidad, debido a la influencia de la mayoría parlamentaria, del gobierno?

Se ha sugerido que una persona acostumbrada a adoptar una actitud firme e independiente, como el interventor y censor general de cuentas o un magistrado retirado del Tribunal Supremo, podrá desempeñar apropiadamente la función de comisario, no obstante la objeción antes mencionada. Ahora bien, dado que la edad de retiro de los magistrados es la de 72 años, que será también la del comisario, hay pocas posibilidades de que un magistrado retirado ocupe el cargo. Por disposición legal, el interventor y censor general de cuentas ha de retirarse a los 65 años. Si se considera que a esta edad termina la capacidad para ejercer este difícil cargo, ¿ puede creerse que tendrá la necesaria para el cargo igualmente difícil de comisario?

Confíase en que, si se quiere llevar efectivamente a la práctica la ley propuesta, se garantizará una mayor permanencia en el proyecto de ley que se presente en la legislatura próxima.

La cláusula principal del proyecto (cl. 11) define las funciones

del comisario: El párrafo 1 dispone:

La principal función del comisario será investigar, previa recepción de una queja o por voluntad propia, todas las decisiones o recomendaciones (comprendidas las dirigidas a un ministro de la Corona) y todas las acciones u omisiones que se refieran a un asunto de la Administración y afecten a una persona o grupo de personas en calidad de tales, que se hagan en uno o por cualquiera de los departamentos u organismos relacionados en la lista anexa a la presente Ley o por cualquier funcionario, empleado o miembro de tales departamentos u organismos en su calidad de funcionario, empleado o miembro.

Algunas cuestiones relativas a las fuerzas armadas no quedan dentro de la competencia del comisario.

Tras haber conferido esta amplia autoridad al comisario, el proyecto procede a limitar sus atribuciones en un párrafo que plantea muchos problemas al constitucionalista y que tal vez deba ser objeto de decisión judicial; en efecto, el párrafo 6 dispone que, si surge alguna cuestión acerca de si el comisario tiene facultad para investigar un asunto o una clase de asuntos conforme a la ley, el comisario podrá pedir al Tribunal Supremo que pronuncie una orden declaratoria para decidir la cuestión según la Ley de 1908 sobre los juicios declaratorios. Esta Ley facilita un procedimiento rápido para determinar los derechos de los particulares, especialmente cuando derivan de las disposiciones de una ley del Parlamento.

Esta disposición restrictiva dice lo siguiente:

Ninguna de las disposiciones de la presente Ley autorizará al comisario a investigar: a) ninguna decisión, recomendación, acción u omisión en relación con la cual puedan interponerse, según las disposiciones de cualquier ley, un recurso, objeción o demanda de revisión relativos al fondo del asunto ante cualquier tribunal ordinario o administrativo instituido por o en virtud de una ley, háyase o no ejercido en cada caso particular el derecho de recurso, objeción o demanda y haya o no expirado el plazo previsto para su ejercicio.

Se plantea una cuestión importante: ¿ qué significan las palabras en cursiva? (Nótese que subraya el autor del artículo.) Los constitucionalistas aceptan sin disputa el principio de que los tribunales de justicia ordinarios no tienen atribuciones para revisar el fondo de las decisiones administrativas. Sus funciones se limitan a determinar si el organismo administrativo o el funcionario competente han desempeñado su deber de conformidad con las exigencias legales que se hayan fijado para cada caso particular y también de conformidad con las normas de la justicia natural. Ahora bien, a pesar de la aceptación casi universal de este principio, en algunos casos los tribunales de justicia parecen eludir su aplicación en la práctica y a la vez pretenden adoptarlo en teoría. Por ejemplo, en el asunto Prescott v. Birmingham Corporation, [1955] Ch. 210, un contribuyente consiguió que se declarase ilegal y acto cometido con exceso de poder una decisión del organismo público en virtud de la cual se facilitaba gratuitamente transporte en los autobuses públicos a ciertas clases de personas ancianas. En rigor, los tribunales estaban interpretando las disposiciones legales pertinentes, pero de hecho decidían el fondo del asunto. Se dijo en el Tribunal de Apelación (pág. 238):

De considerarse que en este caso importa saber si la decisión de prestar el servicio estaba conforme con el ejercicio apropiado de una facultad discrecional atribuida a los demandados para la aplicación a los pasajeros de tarifas diferentes, ha de responderse... que no era éste un ejercicio apropiado de tal facultad discrecional.

Sin duda, se planteará la cuestión (cuán a menudo sólo el tiempo lo dirá) de saber si los tribunales pueden examinar el fondo de cada caso particular y determinar así si el comisario es incompetente. Como antes se ha dicho, la cuestión puede resolverse siguiendo un procedimiento bastante complicado; es decir, el comisario pediría al Tribunal Supremo que pronunciara una orden declaratoria que determine el ámbito de sus atribuciones.

Según la misma cláusula, las atribuciones del comisario no serán limitadas por ninguna disposición legal por la que se confiera carácter definitivo a una decisión, recomendación, acción u omisión, por la que no se permita la interposición de recurso a su respecto, o por la que no se autorice la impugnación, renovación, casación o refutación de una providencia o decisión; esto es lo que popularmente se denomina la cláusula negativa.

Sólo por inferencia se prohibe en el proyecto de ley que el comisario investigue las actividades de un ministro de la Corona. En la cláusula 11, que define las funciones del comisario, se hace referencia a "las decisiones o recomendaciones (comprendidas las dirigidas a un ministro de la Corona)", pero no se mencionan expresamente las decisiones o recomendaciones de un ministro y, según el principio de interpretación legal contenido en el aforismo expressio unius est exclusio alterius, tales decisiones quedan excluidas. En cualquier caso, ésta es la intención del gobierno, según se desprende de las observaciones del fiscal general en la Cámara. Dijo así:

No preveo que, por disposición legal, un ministro de la Corona pueda ser objeto de interrogación directa por el comisario... o por cualquier otra persona. No creo que la Cámara prevea la posibilidad de que el comisario se dirija a un ministerio y exija de un ministro los documentos que obren en su poder. A mi modo de ver, este derecho sería incompatible con el ejercicio de la función de ministro de la Corona.

Añadió que en la práctica este problema no se planteará porque el comisario tendrá el derecho de examinar los expedientes ministeriales relativos a un asunto determinado. Examinará las recomendaciones que se hayan dirigido al ministro, el cual las habrá adoptado o rechazado.

Las cláusulas siguientes del proyecto versan sobre cuestiones de procedimiento. Se autoriza a la Cámara de Representantes a que dicte normas para orientar al comisario. Todas las quejas han de presentarse por escrito. La cantidad que ha de abonarse por cada queja es la módica suma de una libra esterlina y hasta este pago podrá ser excusado si así decide el comisario "habida cuenta de las circunstancias especiales existentes", frase que, es de suponer, el mismo comisario tendrá que interpretar.

Una cláusula redactada en términos generales (cl. 14) confiere al comisario amplias facultades discrecionales para interrumpir una investigación. Estas facultades abarcan los casos en los que, según la ley o la práctica administrativa vigente, existe una vía de resarcimiento o de recurso adecuados y distintos del derecho de presentar peticiones al Parlamento. En particular (cl. 14, párr. 2), el comisario podrá decidir si conviene investigar o no investigar más una queja que se relacione con una decisión, recomendación, acción u omisión de la que el demandante haya tenido conocimiento más de doce meses antes de que el comisario haya recibido la queja o si, a su juicio, el objeto de la queja es banal, la queja es frívola o provocativa o no se hace de buena fe, o el demandante no tiene un interés personal suficiente en la cuestión que motiva la queja.

El criterio que permitirá evaluar la eficacia de las atribuciones del comisario se halla en la cláusula titulada "Procedimiento posterior a la investigación". Esta cláusula impone al comisario en diversas circunstancias, que se describen más adelante, comunicar sus opiniones y los motivos en que se basan al departamento u organismo apropiados. Podrá también hacer las recomendaciones que considere oportuno y podrá pedir – no podrá obligar – al departamento u organismo que le notifiquen, dentro de un plazo especificado, qué medidas se proponen tomar para hacer efectivas sus recomendaciones. Habrá de enviarse al ministro competente una copia del informe y de las recomendaciones.

Si, transcurrido un tiempo razonable después de efectuado el informe, no se ha tomado ninguna medida que sea adecuada y apropiada a juicio del comisario, éste, en el ejercicio de sus facultades discrecionales y tras estudiar las observaciones hechas por el departamento u organismo interesado o en nombre de éstos, podrá (subraya el autor) enviar un ejemplar del informe y de las recomendaciones al primer ministro y podrá (subraya el autor) presentar luego al Parlamento el informe que considere oportuno. Habrá de unir a su informe copia de las observaciones hechas por el departamento u organismo interesado o en nombre de éstos. El comisario no podrá formular en ningún informe ninguna observación crítica acerca de una persona a menos que se haya dado a ésta la posibilidad de hacerse oír. Se cumple así la regla audi alteram partem.

Las circunstancias en que el comisario ha de presentar un informe al departamento competente se describen en forma detallada

en la cláusula. Parecen abarcar todas las eventualidades. Comprenden los casos en que, para citar parte de la cláusula,

el comisario, tras efectuar su investigación, sea de la opinión de que la decisión, recomendación, acción u omisión que fue el objeto de la investigación: a) parece haber sido contraria a la ley; o bien b) era irrazonable, injusta, opresiva o injustificadamente discriminatoria, o estaba en armonía con una regla de derecho o con una disposición de una ley o práctica que es o puede ser irrazonable, injusta, opresiva o injustificadamente discriminatoria; o bien c) se basaba total o parcialmente en un error de derecho o de hecho, o bien d) estaba equivocada;

#### y además,

si el comisario es de la opinión: a) que la cuestión debe ser remitida a la autoridad competente para un estudio más detenido; o bien b) que la omisión debe ser subsanada; o bien c) que la decisión debe ser derogada o modificada; o bien d) que cualquier práctica en la que se basara la decisión, recomendación, acción u omisión debe ser alterada; o bien e) que cualquier ley en la que la decisión, recomendación, acción u omisión se basara debe ser examinada de nuevo; o bien f) que debieran darse a conocer los motivos en que se base la decisión; o bien g) que debieran haber sido tomadas otras medidas.

Otro párrafo se refiere al caso en que el comisario sea de la opinión de que, en la adopción de la decisión o recomendación o en la realización u omisión del acto, se ha ejercido una facultad discrecional para un fin indebido o por motivos sin relación con el caso o teniendo en cuenta consideraciones sin relación con el caso, o de que debieran haberse dado a conocer los motivos de la decisión adoptada en el ejercicio de una facultad discrecional.

Un examen cuidadoso de esta cláusula lleva a la conclusión de que habrá muy pocas circunstancias en las que, según los criterios más amplios de la imaginación, se habrá cometido una "injusticia" (en el sentido popular de la palabra) que el comisario no pueda in-

vestigar v comunicar.

Pese a su extensión e importancia, esta cláusula fue objeto de poca discusión al presentarse el proyecto de ley. Sólo se plantearon dos cuestiones. La primera era de carácter constitucional. Un representante preguntó por qué, dado que el comisario sería un agente del Parlamento y habida cuenta de que casi todas sus decisiones serían adversas a los departamentos ministeriales, había de presentar sus informes al Parlamento por conducto del primer ministro y no por conducto del presidente de la Cámara. El fiscal general contestó que no tenía opinión formada al respecto, pero que la comisión que había elaborado el proyecto de ley había considerado como asunto de mera cortesía que debía informarse primero al jefe del Gobierno de lo que estaba ocurriendo. Añadió que, sin duda, la cuestión sería examinada por la Comisión de Revisión de Leyes (comisión permanente de la Cámara de Representantes) a la que se remitiría el proyecto de ley.

La otra cuestión, planteada por el jefe de la oposición, se refería a los momentos en que se presentaría el informe del comisario al primer ministro y a la Cámara. ¿ Serían estos momentos simultáneos? La única respuesta del fiscal general fue citar los términos en que está redactado el párrafo correspondiente. En respuesta a otra observación del jefe de la oposición, dijo:

El comisario no ha de presentar informe al Parlamento, pero si presenta informe al Parlamento, habrá de informar previamente al primer ministro.

En consecuencia, la cláusula más importante del proyecto, la que trata de la eficacia de las atribuciones del comisario, no fue explicada. Ahora bien, en su forma actual, la cláusula pone de manifiesto que, tras haber investigado algunos de los muchos casos especificados en la cláusula que, como se mencionó antes, abarcan casi todas las circunstancias en que ha ocurrido una acción u omisión que pueden calificarse de injusticias (un ejemplo de lo cual, citado durante el debate, sería la falta de teléfono en un suburbio determinado por culpa del Departamento de Comunicaciones), la única atribución del comisario es presentar un informe, primero y con carácter obligatorio, al departamento u organismo competente y, luego, según lo entienda discrecionalmente, al primer ministro y al Parlamento. No se le dan colmillos, medios de ejecución. Es un perro guardián sujeto por la cadena: puede ladrar, pero no se le deja morder.

En la época inicial de su historia, hace alrededor de ciento treinta años, Nueva Zelandia era un país sin ley, dependiente nominalmente de Nueva Gales del Sur. El gobernador de esta colonia, incapaz de ejercer su autoridad sobre un país situado a más de dos mil kilómetros de distancia, pidió al Gobierno británico que nombrara en Nueva Zelandia a un residente británico. Se destacó desde Sidney a cierto James Busby. Tenía por instrucciones detener a los presos fugitivos y devolverlos para ser enjuiciados, ayudar a los colonos, fomentar el comercio e instar a los jefes maoríes a mantener la ley y el orden, pero no se le dieron atribuciones judiciales ni la fuerza armada necesaria para que pudiera llevar a cabo su tarea. Busby es una figura histórica y todos los escolares de Nueva Zelandia saben quién fue "el acorazado sin cañones".

Reconocemos que median diferencias entre Busby y el propuesto "ombudsman" neocelandés, pero nos preguntamos cuál será la efectividad de un funcionario cuya sola autoridad es presentar informes. Hay, sin embargo, esta diferencia. Las medidas requeridas como resultado de los informes del comisario pueden ser adoptadas efectivamente por el Parlamento si éste lo quiere. En 1833 Nueva Gales del Sur estaba demasiado lejos de Nueva Zelandia para que

pudieran tomarse medidas efectivas con el fin de hacer cumplir lo ordenado por el residente.

En la medida en que el objeto primordial del nombramiento del comisario es impedir que el poder ejecutivo central cometa injusticias contra el individuo, la conciencia por parte de los departamentos y organismos ministeriales de que sus acciones pueden ser objeto de investigación les llevará sin duda a reflexionar antes de adoptar medidas que puedan dar lugar a observaciones adversas y, en la esfera parlamentaria, a medidas prácticas. Además, es satisfactorio para el individuo saber que una persona de alta categoría tiene la obligación de investigar sus quejas.

El proyecto de ley no podrá ser aprobado y puesto en vigor antes del segundo semestre del año en curso. En consecuencia, sobra tiempo para que el fiscal general y sus asesores estudien la posibilidad de introducir mejoras en el proyecto. Luego, tendrá interés para las demás democracias parlamentarias del Commonwealth – y para las que no pertenecen al Commonwealth – observar la eficacia con que el comisario parlamentario desarrolla sus acti-

vidades.

Volvamos a James Busby. Se ha dicho que era un joven vanidoso que se creía llamado a desempeñar en la vida un papel importante. Otro tal vez habría tenido éxito donde Busby fracasó. El éxito o el fracaso del "ombudsman" neocelandés dependerá de la persona que se nombre para esta función, nueva pero cargada de responsabilidades.

A. C. Davis \*

<sup>\*</sup> Profesor de derecho en la universidad de Auckland, Nueva Zelandia.

# LA LIBERTAD DE SALIDA DE UN PAÍS

El artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París, formula el derecho de los individuos a salir de cualquier país. Mientras el párrafo 1 de este artículo trata de la libertad de circulación en el interior de un país y de la libertad de residencia, el párrafo 2 se refiere a la libertad de abandonar el territorio del Estado, y dice: "Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país." Además, la Asamblea General ha indicado claramente que considera el abandono libre de un país, tanto por corto plazo como la emigración, y el derecho de un ciudadano de volver a su país como uno de los derechos humanos. El presente artículo está dedicado al estu-

dio y discusión de la libertad de emigración y de salida.

Es difícil encontrar una definición del concepto de libertad de emigración que sea aceptada generalmente, pues en este concepto entran distintos elementos a los que no todos dan el mismo valor. El momento principal en la emigración es el abandono del país, es decir, el momento de dejar, por libre decisión, el domicilio o la residencia establecida desde cierto tiempo en el propio país o en el extranjero, pues también un extranjero puede emigrar. Los motivos subjetivos de esa decisión también tienen importancia fundamental, pero por su multiplicidad no forman parte de una definición esencial del concepto de libertad de emigración. Así, por ejemplo, en Europa en los siglos XVII y XVIII, estos motivos eran religiosos y más tarde fueron predominantemente económicos. Hoy son en parte motivos económicos, en parte políticos y en parte una determinada concepción del mundo los que pueden considerarse causas de la emigración. También es muy importante el criterio del tiempo para poder calificar de emigración la salida del país. No todo paso de frontera puede ya considerarse como tal emigración, pero el criterio estricto seguido antes de que la emigración tenía que consistir en un viaje definitivo sin previsión de retorno tampoco se aplica hoy día, pues la emigración reviste cada vez más la forma de desplazamientos temporales en busca de trabajo. Siguiendo al autor del excelente artículo titulado "La libertad de migración", Joseph Soder, se puede definir la emigración como "el abandono" del país de domicilio o bien de residencia, con la finalidad claramente definida de establecerse en el territorio de otro Estado para siempre o por tiempo determinado."

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Walter Schätzel y Theodor Veiter. Handbuch des internationalen Flüchtlingsrechts, Bonn, Feldkirch/Viena, 1960, parte 1, pág. 1 y ss.

El deseo de fijar una nueva residencia es el criterio esencial para diferenciar la emigración de un simple viaje fuera del país. Sin embargo, desde el punto de vista morfológico y conceptual, la expresión "viaje de salida" es más amplia, puesto que incluye la emigración; por lo tanto, en el presente artículo se utilizará para designar ambas formas de abandono de un país. La cuestión de la esencia y significado de la libertad de salida del país de domicilio, y el fundamento de su inclusión en los derechos humanos nos obliga a un breve análisis del desarrollo histórico de esta institución.

#### Historia de la libertad de salida del país

Aparte del hecho histórico de que se consideraba como migración tanto la de un ciudadano aislado como principalmente la de determinados grupos, en los primeros tiempos la migración tenía un fundamento totalmente distinto del ejercicio del derecho de migración y de expatriación. Como ejercicio de un derecho, como forma de una libertad fundamental e inmanente del hombre, aparece por primera vez en el siglo XVIII. Las concepciones jurídicas y la práctica de siglos anteriores sólo pueden considerarse como una preparación progresiva de ese desarrollo liberal. El imperio romano fue el primero en instituir un documento, una especie de pasaporte, que garantizaba a su poseedor el paso libre a través de un territorio extranjero. En 1215 la Carta Magna garantizaba también la salida libre y segura del país a los mercaderes y el artículo 42 de esa ley disponía que toda persona tenía el derecho de abandonar el reino y de volver a él salvo en caso de guerra y con la excepción de los prisioneros y los proscritos. Este derecho, que ya encerraba una concepción muy liberal, desapareció de la nueva versión de la Carta Magna de 1216. Siglos más tarde se promulgó en Inglaterra una Common Law Writ Ne exeat regno, en virtud de la cual el Rey tenía el derecho de negar la salida a determinadas personas sin un permiso especial. De ello se infiere que, en general, toda persona tenía libertad de abandonar el país y, además, este privilegio real perdió cada vez más importancia a medida que se abrió paso la concepción de que, conforme a la Carta Magna, todo inglés era libre de abandonar el país sin consentimiento de las autoridades. En 1606 una ley prohibió la aplicación de la orden Ne exeat regno por motivos políticos y desde entonces, a no ser como medio coercitivo contra los deudores sospechosos de abandonar el país, ha caído en desuso. En Alemania medieval, con su estructura feudal y sus innumerables asociaciones de señores, pequeñas y grandes, se consideró la partida libre como la liberación de los vínculos contraídos con el señor. Los habitantes de las ciudades y los campesinos libres tenían garantizado en principio el derecho de tránsito, pero tenían que satisfacer un tributo denominado gabella

emigrationis. Los campesinos siervos no podían reclamar ese derecho hasta después de haberse liberado de la servidumbre pagando el rescate correspondiente. No hay duda de que la libertad de viaje de la Edad Media tiene otro sentido y fundamento que el principio moderno de la libertad de emigración. La libertad representaba en la Edad Media un privilegio concedido en una determinada comunidad jurídica ya fuera de terratenientes, de burgueses o de otra índole territorial y estaba garantizada en el marco de unas relaciones jurídicas determinadas, concretas. En 1555, la escisión del imperio de Augsburgo motivó el reconocimiento del ius reformandi y aseguró, al mismo tiempo, un derecho de tránsito a los súbditos del emperador y de los Estados del imperio que, por su religión, deseaban abandonar un determinado territorio. Este benefitium emigrandi también fue reconocido en las disposiciones de la Paz de Westfalia de 1648, pero en años posteriores se desarrolló de nuevo un período marcadamente absolutista en los diversos países de Europa. En general, la emigración fue prohibida y sólo se autorizó como excepción. Francia, por ejemplo. prohibió estrictamente la emigración de los hugonotes. Esa tendencia de los países absolutistas en el siglo XVIII se acentuó y con el establecimiento del documento de pasaporte y el control de la policía cada vez mayor el Estado trató de negar a los ciudadanos la posibilidad de emigrar, tanto más cuanto que otros Estados trataban de atraer a los extranjeros con el fin de multiplicar la población. El origen de la concepción moderna de la libertad de emigración como derecho humano y derecho civil hay que buscarlo en la aparición de la concepción liberal al final del siglo XVIII. La Declaración de Derechos Humanos de América (Virginia, 1776). así como la Déclaration des droits de l'homme et des citovens francesa de 1789 no contienen expresamente la libertad de abandonar el país, pero crean ya una base para ello al insistir en la libertad general del hombre como un derecho innato, en lo que sin duda está incluída la libertad de emigración. La Constitución francesa de 1891 incluye por primera vez la libertad de circulación y de residencia. Este impulso, nacido de la revolución francesa, condujo a la inclusión de este derecho en la Constitución de varios países y la concepción liberal del final del siglo XVIII, como Ulrich Scheuner<sup>2</sup> indica tan justamente, incluyó la libertad de emigración entre los derechos y libertades naturales del hombre. Se consideraba como derecho natural y general de los ciudadanos fijar libremente su domicilio y escoger su nacionalidad. A mediados del siglo XIX apareció en la mayor parte de los países de Europa la concepción liberal de

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ulrich Scheuner: Die Auswanderungsfreiheit in der Verfassungsgeschichte und im Verfassungsrecht Deutschlands, dedicado a Richard Thoma, Tübbingen, 1950, pag. 56 y ss.

este derecho como un derecho individual. Ya no se trataba de libertad de religión y de tolerancia, sino más bien del nuevo derecho de libre tránsito y de residencia en sentido estricto. Bajo el influjo de estas concepciones liberales y de la presión demográfica de algunos países europeos, así como de la enorme necesidad de mano de obra de los Estados americanos, se produjeron en la segunda mitad del siglo XIX verdaderas emigraciones en masa.<sup>3</sup> Entre 1820 y 1900 emigraron a ultramar más de 65 millones de europeos, de los cuales un 65 por ciento a Estados Unidos solamente. La primera guerra mundial trajo consigo un aumento del control de las salidas y de la prohibición de dichos viajes, pero al terminar la guerra la situación volvió a normalizarse. El programa en 14 puntos del Presidente Wilson comprendía, incluso, el postulado de la libertad de tránsito de personas y cosas; sin embargo, en los años treinta se redujo de nuevo la emigración de los países europeos al Nuevo Mundo, pues las dos potencias "principales proveedoras" de la emigración: Alemania e Italia, con su política de nacionalismo, trataron de obstaculizar la emigración de la mano de obra necesaria para su política de rearme. La evolución de la libertad de emigración entró definitivamente en una nueva fase con la segunda guerra mundial. Ya a principios del siglo XX se reconocía cada vez más el carácter internacional de este derecho fundamental y, por lo tanto, la libertad de abandonar el país, lo que llevó a su consagración definitiva en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de Derechos Humanos promulgada en 1948 con ese mismo espíritu.

#### Esencia, sentido y límites de la libertad de salida del país

La inclusión de la libertad de salida en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y su incorporación en las constituciones nacionales, dieron a la libertad de salida del país, desde un punto de vista formal, carácter de derecho humano. Un análisis más detenido de la esencia y del significado de la libertad permite descubrir el fundamento material mucho más importante. El argumento más convincente para calificar a la libertad de salida del país de derecho fundamental es que esta libertad es un aspecto de la libertad general del hombre y un corolario inseparable de toda una serie de derechos y de libertades fundamentales. La existencia de un sector de libertad fundamental en el hombre, consecuencia de la concepción de la persona humana en su esencia y dignidad como portadora de altos valores espirituales y morales, puede considerarse como indiscutible. Esa libertad fundamental de la persona humana se manifiesta en distintos planos y se plasma

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Véase al respecto Paul A. Ladame, Le rôle des migrations dans le monde libre, Ginebra, 1958, pág. 87 y ss.

en las diferentes libertades que constituyen diversos derechos fundamentales que deben ser consagrados y garantizados en las constituciones y declaraciones de derechos humanos nacionales e internacionales. El derecho de salida del país está incluído en sentido amplio en esa libertad, pues, si la esencia del hombre es ser una persona libre, hay que reconocerle la posibilidad de desplazarse libremente y elegir con toda libertad su domicilio. Y eso no sólo para el territorio del Estado del que la persona es ciudadano, sino que el hombre libre debe tener la posibilidad de desplazarse, si lo desea, al territorio de otro Estado y de fijar en él su domicilio.<sup>4</sup> Así lo señala justamente René Bruner <sup>5</sup> al decir: "La libertad de ir y venir, de abandonar su domicilio – no sólo en el interior del país del que se es ciudadano, sino también de un país a otro – no es más que una parte integrante de la libertad personal...".

Se ha sostenido a veces que del principio de la libertad individual sólo se infería la libertad de tránsito, es decir, la libertad de circulación y de domicilio dentro del propio Estado y que el ciudadano no podía reclamar al Estado la libertad de abandonar el territorio nacional. La cuestión es si el vínculo del individuo con el Estado como relación personal es más fuerte que el principio de la libertad individual. La respuesta a dicha pregunta depende principalmente del concepto que se tenga del Estado. Si se supervalora unilateralmente el Estado, y, por consiguiente, se desconocen los vínculos cívicos - como era el caso en la Edad Media y en la época del absolutismo moderno, y era y es en los Estados totalitarios del siglo XX -, la respuesta a la pregunta de si la libertad de salida del país es un derecho fundamental que confiere al individuo un derecho subjetivo público frente al Estado será negativa. Si, por el contrario, se considera que la función del Estado es proteger la persona humana y su desarrollo - y todo Estado liberal y democrático puede servir de ejemplo de ello -, entonces la libertad de salida del país deberá ocupar el lugar que le corresponde entre los derechos humanos fundamentales.

Con frecuencia se ha dicho justamente que la libertad de salida del país es un derecho natural como la libertad de circulación en el interior del país, la libertad de expresión o de religión. Al igual que los otros derechos humanos, nutre el carácter creador independiente y autónomo del individuo, no sólo ampliando su libertad de

<sup>5</sup> René Brunet: La garantie international des droits de l'homme, Ginebra. 1947, págs. 218 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Joseph Soder, op. cit., (ANM. 1), pág. 15 y ss.; véase también Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Berlín, 1961, tomo II, págs. 505 y ss.: "Como el mundo está dividido en Estados, las personas tienen por fuerza que pertenecer a un determinado Estado y desplazarse siempre en el territorio de uno de ellos. De la libertad fundamental de la persona nace el derecho de renunciar a ese vínculo, por lo tanto, el derecho de renunciar a la nacionalidad y de abandonar el territorio del estado...".

Energe Proporte La congentia international des devites de l'homme. Ginches

acción, sino también su experiencia. Se trata, pues, de un derecho que, especialmente para el trabajo creador, permite la ampliación necesaria de conocimientos mediante el estudio en universidades extranjeras, los contactos con colegas extranjeros y la participación en conferencias y congresos. Además, hay una serie de fundamentos de la vida privada: el matrimonio, la familia y la amistad, vínculos humanos que si se niega la libertad de salida del país pueden ser afectados profundamente, lo que prueba claramente la verdadera naturaleza de derecho humano de la libertad de salir del país. Pero el carácter elemental de derecho humano de la libertad de salida aparece cuando el hombre se ve obligado a huir: a) porque en el lugar en que se encuentra no puede servir a su Dios como desee; b) porque su libertad personal se ve amenazada por motivos que en la conciencia ética general del hombre no se consideran como crimen; c) porque su vida está amenazada, ya sea por motivos religiosos o políticos o porque las condiciones materiales no llegan al mínimo de dignidad humana (por ejemplo, por expropiación, catástrofe natural, etc.).6 Los casos enunciados en los apartados a), b) y c) muestran que la libertad de salida del país cuando las condiciones de dignidad humana no están aseguradas. no es sólo un aspecto de la libertad general de la persona humana, sino más bien parte integrante del derecho general de conservación y que, además, en caso de negación de otros derechos libertades esenciales constituye realmente un ultimum refugium libertatis.

Sabemos que los derechos humanos no pueden considerarse aislados y que la concesión o no concesión de uno de los derechos fundamentales puede influir decisivamente en el goce de otro u otros derechos fundamentales. Esto es especialmente cierto en el caso de la libertad de salida, pues para el ejercicio de múltiples derechos fundamentales es un verdadero requisito previo o, al menos, un factor integrante significativo. Así, en determinados casos, la privación de la libertad de salir del país puede hacer prácticamente ilusorio o menoscabar parcialmente el ejercicio del derecho a la vida, a la libertad y a la integridad personal, el derecho a la libertad de religión, el derecho de libertad de pensamiento y de expresión, el derecho al trabajo y a un nivel de vida conveniente, por citar sólo algunos derechos fundamentales.

En resumen, se puede decir que la libertad de salida del país es, en esencia, una libertad fundamental que se infiere lógicamente del principio de la libertad individual y que tiene un sentido primordial, en la relación con los demás derechos humanos y con su contenido vital, para la existencia y la posibilidad de desarrollo de la persona humana. Por esos distintos fundamentos, la libertad de

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Günther Dürig: *Die Grundrechte*, Neumann-Nipperdey-Scheuner, Berlín, 1959, vol. II, pág. 507 y ss.

salida del país es esencial en una sociedad libre y democrática; y al mismo tiempo puede también decirse que uno de los primeros pasos que da cada dictadura o Estado policíaco con mucha frecuencia es reprimir dichas libertades. Si un régimen limita seriamente la libertad de salida del país, existe el riesgo de que desee retener en el territorio nacional mano de obra barata u ocultar defectos políticos o sociales; la negación de la libertad de abandonar el país puede conducir fácilmente a un sistema de trabajo forzoso, depresión social y negación de los derechos humanos fundamentales.

#### Las limitaciones de la libertad de salir del país

El contenido de la libertad de salir del país es en sí la posibilidad ilimitada de abandonar un determinado Estado. Así sería examinando este derecho fundamental exclusivamente desde el punto de vista del individuo. Pero como el hombre vive en una determinada comunidad jurídica, también es necesario tener en cuenta la sociedad y el bien de sus semejantes. Los límites al ejercicio de esta libertad por parte del individuo son, en general, el interés de los demás y el bien público de la comunidad. Así se indica en el párrafo 1 del artículo 29 de la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: "Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad". La seguridad y otros legítimos intereses de la comunidad pueden, por lo tanto, imponer al ciudadano ciertas cortapisas que suponen una limitación de su libertad personal. También se infieren de ello ciertas limitaciones, justas y forzosas, a la libertad de salida del país. En relación con las otras libertades fundamentales, estas limitaciones son más repetidas y de más transcendencia. La razón de ello es la naturaleza de esta libertad de abandono del país. Si, por ejemplo, un Estado concede a sus ciudadanos la libertad de circulación en el país, la libertad de expresión o de reunión está, al mismo tiempo, en condiciones de reprimir eficazmente todo abuso en el ejercicio de esos derechos. Por el contrario, las actividades de los ciudadanos en el extranjero dirigidas contra la seguridad del Estado son, por su naturaleza, más difíciles de controlar o de combatir y, a veces, ello resulta imposible. Por lo tanto, hay que dar al Estado cierto control del ejercicio de la libertad de salida del país y la facultad de limitar dicho ejercicio. Este derecho del Estado puede ser útil especialmente con motivo de la seguridad del Estado, del interés de los emigrantes 7a e igual-

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Nota del autor: No hay ninguna democracia liberal sin esta libertad.

<sup>7a</sup> Medidas para la protección de las emigrantes son, por ejemplo, las disposiciones que dificultan la emigración de las menores (para evitar la trata de blancas) y la obligación de tener un contrato de trabajo antes de emigrar a ultramar (para proteger al emigrante de la explotación y de la miseria).

mente en interés de otros Estados. En general, se puede decir que el individuo tiene el derecho totalmente fundado de abandonar el país, pero que existen ciertas razones de peso por las cuales el Estado, en determinadas condiciones, tiene la facultad de limitar esta libertad e incluso de suprimirla.8

Los motivos que justifican que un Estado limite o suspenda temporalmente la libertad de salida al exterior son, consiguientemente, la diversidad y multiplicidad del objeto que se protege (la seguridad del Estado, la economía, las emigrantes), las causas de peligro (por ejemplo, los grupos de terroristas, las epidemias, la trata de blancas, etc.) y otras circunstancias determinantes (por ejemplo, el estado de guerra) que son tan diversas como numerosas. Por lo tanto, no es posible dar una lista completa de estas causas ni formular normas generales indicando qué motivos autorizarán al Estado a adoptar determinadas medidas. Toda tentativa de definir los motivos que justifican dicha limitación fracasaría por la complejidad del problema y hay que contentarse con una descripción muy general. El texto del párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el párrafo 3 del artículo 12 del Pacto de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos son un ejemplo de una de estas definiciones generales. La decisión de si uno de estos motivos debe ser causa de limitación o de supresión de un derecho fundamental es, en definitiva, de la discreción de cada Estado. El Estado tiene esta facultad mientras no se comprometa por acuerdos internacionales a respetar los derechos fundamentales y a remitir a un tribunal internacional la decisión a posteriori de si una determinada limitación de estos derechos es o no justa. Éste es el caso, por ejemplo, de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Europea de los Derechos Humanos. En cuanto a la libertad de salida del país, no se conoce aún ningún acuerdo internacional al respecto.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Véanse las págs. 106 a 108.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Véase también Soder, op. cit., (nota 1), pág. 10 y ss.
<sup>9</sup> El párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración de Derechos Humanos de la Naciones Unidas dice: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de las demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática." El artículo 12 del proyecto de pacto sobre derechos civiles y políticos, aprobado por la Tercera Comisión de la Asamblea General el 17 de noviembre de 1959 incluye la libertad de circulación. El párrafo 3 de ese artículo dice:

<sup>&</sup>quot;Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moralidad pública o los derechos y libertades de terceros y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto."

Por lo tanto, a falta de acuerdos internacionales, corresponde a cada Estado decidir si a) reconoce totalmente el derecho a la libertad de salida del país y si b) una vez reconocido este derecho, lo respetará de buena fe. Este requisito de la buena fe es tanto más necesario cuanto que el encubrimiento de las verdaderas causas de limitación de la libertad por la complejidad antes indicada es muy fácil y los medios del Estado de limitar dicha libertad son muy numerosos y variables.

De lo dicho anteriormente se deduce la necesidad de que cada Estado y sus órganos responsables concedan a toda persona dentro de su territorio el derecho fundamental de poder abandonarlo y de limitar esta libertad sólo cuando considere de buena fe que el ejercicio de ese derecho puede ser incompatible con los intereses legítimos de la comunidad o con los derechos de los demás ciudadanos.

La libertad de salida del país y los demás derechos fundamentales, como se verá más adelante con detenimiento, no están reconocidos en la Constitución de muchos países. Varios Estados no reconocen esta libertad ni la incluyen en las libertades proclamadas corrientemente. La inclusión o no inclusión de la libertad de salida del país en la Constitución o en otros textos legales pura y simplemente no indica por ello cuál es el estado de hecho a este respecto. Así, hay países que en sus textos fundamentales reconocen la libertad de tránsito y de emigración, pero luego no se concede a nadie la posibilidad de emigrar y la salida del país, por cierto tiempo, sólo se autoriza a algunos cuantos funcionarios del partido de confianza. Otros países no tienen ninguna disposición sobre la libertad de salida del país en sus constituciones, pero sus ciudadanos no necesitan nunca pasaporte para pasar las fronteras por un período corto o largo. Entre estas posiciones hay innumerables matices delimitados por la Constitución, la ley, las órdenes y reglamentos, la costumbre, la interpretación de las disposiciones legislativas por parte del órgano ejecutivo, etc. Esta relatividad plantea obligatoriamente la cuestión del valor de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.

# La reglamentación interior. Garantías legales y consuetudinarias de la libertad de salida del país

Antes de estudiar las diversas formas de garantía jurídica de la libertad de salir del país conviene trazar un esquema del carácter de las garantías constitucionales, pues en la mayor parte de los casos se trata de verdaderas garantías. Hans Kelsen dice a este respecto: "Sólo cuando el individuo tiene la posibilidad de hacer que se suprima una ley individual o general porque su contenido es contra-

rio a la igualdad o libertad reconocida en la Constitución puede decirse que ese derecho y esa libertad constituyen un derecho subjetivo del individuo." 11 El reconocimiento de la libertad de salida del país supone lo siguiente: la garantía constitucional de dicha libertad concede al individuo un derecho subjetivo en el sentido de que tiene la facultad de utilizar en dicho Estado un medio jurídico contra toda norma individual que infrinja dicha libertad y puede utilizar ese medio jurídico para obtener la derogación individual o general de la ley sobre que se basaba dicha norma individual. Vemos aquí claramente la debilidad y, al mismo tiempo, la fuerza de la garantía constitucional de los derechos y libertades fundamentales. Me refiero a la dependencia incondicional de la garantía constitucional de uno de los principios del Estado de derecho: un poder judicial independiente y un sistema eficaz de medidas jurídicas de carácter administrativo y judicial. Si no se dan estas premisas, el reconocimiento constitucional de la libertad de salida del país y de cualquier otro derecho fundamental sólo tiene carácter puramente declarativo.

Como pudo verse en el bosquejo histórico anterior, la libertad de salida del país comenzó a incorporarse en los textos fundamentales de los Estados a finales del siglo XVIII y, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, forma parte integrante de casi todas las constituciones. Hoy día apenas existe una constitución que no enumere los derechos del hombre y del ciudadano. Sin embargo, pocas de ellas comprenden expresamente la libertad de salir del país. De 99 constituciones sólo 18 reconocen este derecho; y además cinco de ellas son de jóvenes Estados africanos que, en sus constituciones, se remiten a la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La naturaleza de esta libertad de salir del país origina que en la mayor parte de los casos el artículo en que se formula vaya unido a la cláusula en la que se prevén las excepciones a dicha libertad. Muy pocos Estados han reconocido y proclamado la libertad de circulación ilimitada y exterritorial como ocurre, por ejemplo, en la Constitución del Japón 12 y en la de la República de Indonesia en la redacción de 1950.13 Como ejemplos de normas constitucionales que, al hablar de la libertad de emigración se remiten a la ley, se puede citar el artículo 10 de la Constitución de la República Democrática Alemana, 14 el artículo 16 de la Cons-

 Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, Viena, 1960, pág. 145 y ss.
 Constitución del Japon de 1946, párrafo 2 del artículo 22: "La libertad de toda persona de emigrar y de dejar su nacionalidad es inviolable".

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Constitución de Indonesia de 1959, párrafo 2 del artículo 9: "Toda persona tiene el derecho de dejar el país del que sea ciudadano o en el que sea residente y de volver a él."

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> El párrafo 3 del artículo 10 de la Constitución de la República Democrática Alemana dice: "Todo ciudadano tiene el derecho de emigrar. Este derecho sólo puede estar limitado por las leyes de la República.

titución italiana 15 o el artículo 26 de la Constitución de la República Argentina de 1949. 16

Es claro que la reserva legal redactada en amplios términos limita seriamente, si no suprime totalmente, el valor de la libertad garantizada en la Constitución.<sup>17</sup> Esta garantía contradice el principio indiscutible en los Estados liberales y democráticos de que un derecho constitucional no puede ser violado en su esencia por limitaciones legales. 18 Sin embargo, en la práctica todo Estado, especialmente el totalitario, que ha reconocido en su Constitución el derecho a salir libremente del país y al mismo tiempo ha formulado reservas a este derecho, tiene la posibilidad de hacer inexistente esta libertad concediendo raros pasaportes, permisos de divisas, etc. Por otra parte, también en un país liberal el poder legislativo o, basándose en las disposiciones generales, el poder ejecutivo pueden poner limitaciones a esta libertad en su acción por garantizar la seguridad del país. Entonces, el deber del tribunal supremo del Estado respectivo será velar por que ni la ley ni la práctica de la administración afecten a la esencia de la garantía constitucional que supone la libertad de salida del país. En este caso es preferible, tanto por lo que se refiere a la libertad de salida como a la seguridad de la justicia en general, la técnica legal de enumerar taxativamente las causas por las que una ley puede limitar la libertad de salida del país. La lev federal austríaca de 21 de diciembre de 1867 sobre los derechos generales del ciudadano puede servir de ejemplo de limitación específica del derecho de salida. Según el párrafo 3 del artículo 4 sólo se puede limitar la libertad de emigración del Estado austríaco a causa del servicio militar. En el siglo XIX esta causa figuraba con frecuencia entre las limitaciones del derecho de salida, pero hoy ha perdido casi completamente su valor. Así, por ejemplo, en Austria la ley del servicio militar de 1955 prevé simplemente que cuando las obligaciones militares lo justifiquen se podrá disponer, por orden, que los ciudadanos que se encuentren en edad de cumplir el servicio militar necesitarán para abandonar el terri-

<sup>15</sup> El párrafo 2 del artículo 16 de la Constitución de la República italiana de 1947 dice: "Todo ciudadano tiene libertad para salir del territorio de la República y para volver a entrar en él con las limitaciones impuestas por la ley"

la ley".

16 El artículo 26 de la Constitución argentina de 1949 dice: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, a saber, ... transitar y salir del territorio argentino...".

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Kelsen habla a este respecto de "garantía ficticia", H. Kelsen, op. cit. (Anm. 1), pág. 197.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Véase igualmente el párrafo 2 del artículo 19 de la Constitución de Bonn de 1949.

torio de la República Federal un permiso de las autoridades competentes.<sup>19</sup>

Las disposiciones de la Constitución que garantizan la libertad de salida del país con excepciones expresamente señaladas sólo pueden ser modificadas por otras disposiciones constitucionales. Puede verse esto claramente en el derecho austríaco en una sentencia del Tribunal Constitucional de Austria: "En virtud de la obligación de cumplir el servicio militar, el principio fundamental de la libertad de salida del país sufre una restricción fundada en la Ley de protección de la libertad personal de 27 de octubre de 1862. El párrafo 5 de esta Ley que, en virtud del artículo 8 de la Ley fundamental del Estado ha sido declarado parte integrante de dicha ley fundamental, dispone que nadie podrá ser obligado a residir en un determinado lugar o territorio sin una obligación legal. Así, se dice también en la sentencia, Sammlung 1888, que si una persona puede ser retenida en un lugar por una obligación jurídica, por la misma razón le está prohibido abandonar el territorio del Estado y, por lo tanto, no procede invocar en ese caso el párrafo 3 del artículo de la ley fundamental del Estado.<sup>20</sup> El hecho antes citado de que sólo algunas constituciones reconocen expresamente la libertad de salida del país parece en contradicción con las observaciones optimistas hechas en la parte de este artículo dedicadas a la reseña histórica de que a mediados del siglo XIX en la mayor parte de los países de Europa y en muchos Estados de ultramar se reconocía como un principio de derecho la libertad de abandonar el territorio del Estado. Sin embargo, examinando la cuestión con más atención, se deduce que incluso cuando en muchos casos falta una reglamentación constitucional expresa de esta libertad, la libertad de salida del país tiene una base constitucional, o por lo menos legal, en todos los Estados liberales y democráticos. En numerosos casos este derecho de salida del país es consecuencia de otro derecho fundamental, principalmente de la libertad de circulación en el interior del territorio del Estado o bien de la libertad personal. La interpretación extensiva de estos dos principios jurídicos al caso de la emigración y a la libertad de salida del país son objeto de estudio en la literatura jurídica y son materia de bastantes sentencias de los tribunales supremos de los distintos Estados. La razón por la cual el legislador de estos países se ha abstenido de codificar expresamente este derecho de salida del país se descubre sólo exami-

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Adamovitsch y Spanner, Handbuch des Österreichischen Verfassungsrechts, Viena, 1957, pág. 444 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> L. Werner y H. Klecatsky, Das Österreichische Bundesverfassungsrecht, Viena, 1961, pág. 360.

Véase también la sentencia del Tribunal Constitucional Austríaco de 1° de oct. de 1953 (G 8/53) que declara anticonstitucional el párrafo 1b del Art. 7 de la ley sobre pasaportes de 1951.

nando detalladamente los distintos casos. En general, puede decirse que hay dos motivos principales para ello. La concepción liberal, que ejerció una influencia fundamental en muchos Estados después de la revolución francesa, considera que la libertad de salida es parte integrante de la libertad personal o del derecho de circulación. Por la práctica seguida se llegó a considerar natural el derecho de franquear las fronteras del país de forma que no se consideró necesario definir este derecho expresamente en los textos legales. Han sido los dictadores del siglo XX los que han dado nuevo impulso a esta necesidad de reglamentar claramente este derecho por haberse negado a reconocer el principio fundamental de la libertad de circulación en el sentido más amplio. No es, pues, de extrañar que sean justamente las constituciones recientes, frecuentemente bajo la influencia favorable de la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las que han recogido este derecho de salida del país como un artículo especial de sus textos legales fundamentales. Si hay aún constituciones recientes de Estados democráticos y liberales que no contienen ninguna disposición expresa sobre la libertad de salida del país, no es porque el legislador no esté convencido de la importancia de este principio fundamental ni recuerde las graves infracciones que ha sufrido en un pasado reciente e incluso sufre en el presente, sino más bien por creer que la libertad de salida del país ya está incluida en uno u otro de los artículos que recogen los demás principios fundamentales del derecho y por considerar entonces que una reglamentación expresa en relación con uno u otro de los principios fundamentales, en su mayor parte de carácter intrínsicamente político, no es conveniente. Esta concepción puede ser lamentable desde el punto de vista de la claridad y de la concisión en materia de derechos humanos, pero en la práctica no presenta verdaderos problemas, pues gracias a una interpretación extensiva de los derechos fundamentales reconocidos queda garantizada y asegurada la libertad de salida del país. La Constitución de la República Federal de Alemania, Constitución de Bonn de 1949, ofrece un buen ejemplo de lo indicado anteriormente acerca de la falta de reglamentación expresa de este derecho y de la interpretación extensiva de los demás principios fundamentales para garantizar la libertad de salida del país. Esta Constitución de Bonn no contiene ninguna disposición sobre la libertad de emigración y de salida del país, sino que garantiza simplemente a todos los alemanes la libertad de circulación en todo el territorio federal.21

<sup>21</sup> Constitución de Bonn, artículo 11: "1) Todos los alemanes tienen el derecho de circular y de fijar libremente su residencia en todo el territorio de la Federación. 2) Este derecho no podrá ser limitado más que por la ley y únicamente cuando no haya medios de existencia suficientes, lo que suponga

En los debates que prepararon esta Constitución de Bonn se planteó concretamente el problema de la libertad de emigración.<sup>22</sup> Sin embargo, se suprimió un artículo 6 que se había propuesto en el que se reconocía tal libertad.<sup>28</sup> La razón de ello fue la siguiente: Por una parte se consideró peligroso para la estabilidad del Estado insistir especialmente en la libertad de emigración debido a la situación social de la Alemania actual, y a la desaparición de las antiguas capas de población de que procedían prácticamente los emigrantes. Por otra parte, se consideró inadecuado estimular incluso a los que quisieran dejar la comunidad de destino alemana.24 Ulrich Scheuner 25 aduce un argumento análogo al decir. "No se ha incluido en esta estrecha lista de derechos fundamentales la libertad de emigración por estimar que un refuerzo jurídico de dicha facultad podría tener consecuencias adversas a causa de la presión emigratoria actual. Se considera que la emigración está incluida entre los derechos citados en el párrafo 3 del artículo 73 de la Constitución de Bonn v que, además, esta libertad está reconocida posteriormente por la ley."

La enumeración de la emigración entre las materias de competencia federal no satisface a bastantes comentadores de la ley fundamental que buscan una garantía constitucional en la disposición de la libertad de circulación en el interior del territorio alemán. Según Günter Dürig,26 hay bastantes motivos que justifican esta interpretación extensiva del artículo 11 de la Constitución de Bonn. Dürig, en contra de otros autores (por ejemplo Wernicke, comentador de Bonn), no considera como justificación para una interpretación extensiva la práctica, seguida por el legislador en Alemania hasta la fecha, de tratar la libertad de emigración la mayor parte de las veces como un caso particular (la Constitución del Reich de Weimar le dedica el artículo 112 y en las constituciones de los diversos Estados alemanes aparece, en general, o bien como un párrafo distinto del dedicado a la libertad de circulación en el interior del Estado, por ejemplo la Constitución de Baviera, artículo 109 II, o a veces como una materia totalmente distinta, por ejemplo,

<sup>26</sup> Véase supra la nota 6.

para la colectividad una carga especial y cuando lo exijan la protección de la juventud contra el abandono, la lucha contra los peligros de epidemia o la prevención de infracciones penales".

22 Acta de la 5ª sesión, 29 de sept. de 1948, de la comisión parlamentaria para

el estudio de las cuestiones de índole esencial.

23 Comisión parlamentaria: "La comisión a) acuerda que el derecho a la emigración debe estar reconocido en la Constitución, pero por las circunstancias presentes no estima conveniente conferir a este derecho el carácter de derecho fundamental y b) resuelve por considerable mayoría suprimir el artículo 6."

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Hermann von Mangoldt: Das Bonner Grundgesetz, 1949.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> U. Scheuner, op. cit. (véase nota 2), pág. 60 y ss.

el artículo 18 de la Constitución de Bremen y el párrafo 3 del artículo 73 de la ley fundamental en que se distingue de la libertad de circulación). Como la ley fundamental no da ninguna definición del concepto de libertad de circulación, se puede considerar este término indiferentemente del sentido legal y técnico corriente y basta entonces considerar su significado puramente filosófico, encubierto por el sentido sociológico e histórico, para determinar su contenido jurídico.

"La libertad de circulación es el tránsito libre, pero este tránsito puede ser tanto un viaje de ida como de regreso. Esta libertad vital única queda limitada después por la técnica legal de forma que comprende sólo la entrada en un país (inmigración), los viajes de ida y vuelta dentro del territorio del Estado (libertad de circulación en sentido estricto), quedando excluida la libertad de salida del país (emigración). Si entonces una constitución omite la reglamentación de estos viajes de salida a otro país y al mismo tiempo no indica expresamente que suprime esta libertad (cosa que no hace la ley fundamental como puede deducirse del párrafo 3 del artículo 73), entonces la reglamentación del problema cae ipso jure bajo la reglamentación de la libertad de circulación en el sentido de tránsito dentro del territorio y de un país a otro también, libertad que sólo puede suprimirse por motivos técnicos. Así pues, la libertad de viaje, en general, es el derecho que protege la Constitución. Según H. von Mangoldt, U. Scheuner y E. Giese, se llega a la conclusión de que el artículo 11 también comprende la libertad de emigración."27

Por convincente que sea esta argumentación y aunque los partidarios de esa teoría desean fundar el derecho a la emigración en el artículo 2 de la Constitución de Bonn relativo a la libertad personal, como una interpretación analógica excesiva haría que este artículo perdiera todo su sentido, el Tribunal Constitucional Federal no comparte esta opinión. Varias veces ha indicado claramente que el artículo 11 de la ley fundamental no se refiere a la libertad de salida del país y que esta libertad es más bien consecuencia de la libertad general de acción prevista en el párrafo 1 del artículo 2 de la ley fundamental, dentro de las limitaciones del orden constitucional. La sala I aduce los siguientes argumentos: el párrafo 1

<sup>Así opina también Günther Dürig, op. cit. (nota 6), pág. 507 y ss.
Sentencia de la Sala I del Tribunal Constitucional Federal de 16 de enero de 1957 (1 BvR 253/56) en Sentencias del Tribunal Constitucional Federal, vol. 6, Tübingen, 1957.</sup> 

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> El Párrafo 1 del artículo 2 de la Constitución de Bonn dispone: "Toda persona tiene el derecho de desarrollar libremente su personalidad mientras no viole los derechos de los demás ni cometa actos contra el orden constitucional o la moralidad pública."

del artículo 11 de la ley fundamental 30 reconoce la libertad de viaje "en todo el territorio federal". No se habla aquí de libertad de salida del país. Incluso la historia del nacimiento de esta disposición no da tampoco ningún motivo para suponerlo. En el Parlamento se planteó la cuestión (que se resolvió después negativamente) de si la libertad de emigración debía incluirse en la lista de derechos fundamentales; pero no se habló de la libertad de salida del país. Como una prueba más de que la tesis suya es cierta, el Senado indica que en las causas de limitación legal de la libertad de circulación enumeradas en el párrafo 2 del artículo 11 de la ley fundamental no se mencionan los riesgos para la seguridad del Estado. La salida del territorio del Estado está limitado tanto en Alemania como en otros países desde hace mucho tiempo al negarse la concesión del pasaporte por motivos de seguridad del Estado. No hay por qué suponer que el legislador, si hubiera querido conceder en el artículo 11 de la ley fundamental, la libertad de salida del país, como derecho primordial, hubiera tenido que prever la seguridad del Estado como una de las limitaciones de esta libertad establecidas desde hace largo tiempo. El Tribunal continúa diciendo: "La libertad de salida del país tampoco es consecuencia de la libertad de circulación dentro del territorio nacional prevista en el párrafo 1 del artículo 11 de la ley fundamental, sino que más bien es consecuencia de la libertad general de acción declarada en el párrafo 1 del artículo 2 de la ley fundamental dentro de los límites del orden constitucional."

Tampoco la Constitución federal suiza de 1874 contiene una disposición expresa que garantice la libertad de salida del país, pero tanto los teóricos como los órganos judiciales están de acuerdo en que se trata de un derecho fundamental implícito en la disposición sobre la libertad de residencia. El artículo 45 de la Constitución federal suiza garantiza a todos los suizos "el derecho de residir en cualquier lugar del territorio suizo, siempre que posea un certificado de nacionalidad u otro documento de identidad análogo." Según la jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo, la libertad de emigración está comprendida en esta libertad de residencia: "En la libertad de domicilio reconocida en el artículo 45 de la Constitución está también incluida la obligación del cantón de origen y del cantón en el que la persona resida de no impedir a todo ciudadano suizo el ejercicio de este derecho de elección del domicilio negándole los documentos necesarios o poniendo dificultades a su obtención. Y es indiferente para la entrega o restitución de estos documentos que se trate de la instalación en otro lugar de Suiza o de la estancia en el extranjero; en la medida en que Suiza puede facilitar a sus ciudadanos la libertad de viaje debe hacerlo, tanto si se refiere a la libertad

<sup>30</sup> Véase supra la nota 20.

en el sentido estricto de la Constitución o en este sentido más amplio". <sup>31</sup> Los comentaristas de la Constitución federal suiza también comparten esta opinión del Tribunal Federal. Así, dice Giacometti en su obra "Derecho Federal Suizo", <sup>32</sup> "la libertad de residencia da al ciudadano suizo el derecho de desplazarse a cualquier cantón o localidad o de fijar en él su domicilio; igualmente, debe tener la facultad de abandonar el lugar que haya elegido una vez como domicilio, y además, en todo caso, la facultad de emigrar al extranjero. Esta libertad, como el derecho de fijar su residencia en cualquier lugar del cantón de origen, no es consecuencia de la estructura federal del Estado, sino del carácter individual de la libertad de residencia". <sup>33</sup>

La legislación de los Estados Unidos ofrece otro ejemplo de interpretación extensiva del principio de derecho de la libertad personal de forma que comprenda la libertad de viaje y la libertad de salida del país. Para comprender mejor las sentencias citadas más adelante, es necesario una pequeña reseña histórica. En la Constitución de los Estados Unidos de 1778 y en las enmiendas de 1791—1865 y 1870, que codifican los derechos del hombre y del ciudadano, no se declara expresamente el derecho a la libre emigración y el derecho a abandonar el país. Salvo la limitación del estado de guerra, los ciudadanos americanos podían recorrer libremente y sin pasaporte todo el mundo hasta la primera guerra mundial. Se podía dar un pasaporte a quien lo pidiera, pero no era obligatorio para abandonar el país. Al originarse la tensión política actual, varios Estados exigieron el pasaporte a los ciudadanos americanos para permitirles entrar en sus respectivos territorios, e incluso el Gobierno americano decidió que en estado de urgencia declarado en 1941 y aún vigente - ningún americano podía salir del país sin pasaporte. La Ley de 1952 sobre la inmigración y nacionalidad declaró que la salida del país sin pasaporte era delito. Mucho antes (en 1926), el Congreso decidió que, en virtud de las facultades del Presidente, la concesión de los pasaportes era de la competencia del Departamento de Estado. Por delegación del Presidente adquirió entonces el secretario de Estado la facultad discrecional de conceder, negar o invalidar un pasaporte.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> La cita está tomada de BGE 53 (1927) I 434; otras resoluciones importantes al respecto en BGE I 221 E 4 y 51 I 392 E 2; BGE-Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes.

<sup>32</sup> Giacometti-Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich, 1949, pág. 251 y ss. Igualmente: W. Burckhardt, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung, Berna, 1931, pág. 391 y ss. y E. Ruegg, Niederlassungsfreiheit und Beschränkung der Freizügigkeit, Zurich, 1948, pág. 60.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> También el artículo 7 de la Constitución belga, relativo a la libertad personal, es susceptible de interpretación extensiva para incluir la libertad de salida; véase: Pierre Wigny, *Droit Constitutionnel*, Bruselas, 1952, pág. 309 y ss.

Esta teoría de la competencia ilimitada del ejecutivo en la concesión de pasaportes tiene su origen, sin duda, en la autoridad ilimitada del gobierno por razón de las circunstancias excepcionales. Como es natural, el Departamento de Estado acogió favorablemente la idea de tener plena facultad discrecional en cuestiones de pasaporte y de no estar obligado a encuestas procesales ni a declarar por qué en un determinado caso se negaba o se invalidaba un pasaporte. La Ley de seguridad interna de 1950 prohibió la entrega de pasaportes a los miembros de organizaciones comunistas; en 1952 el Departamento de Estado, deseando reforzar la Ley de seguridad interna, comenzó a negar también los pasaportes a las personas "sospechosas de ser favorables al movimiento comunista". Este trato relativamente arbitrario despertó una tempestad de protestas que culminaron cuando en febrero de 1952 se negó el pasaporte al Dr. Pauling, famoso químico y Premio Nóbel.

Para hacer frente a estas críticas, el Departamento de Estado creó en 1952 una comisión en materia de pasaportes encargada de verificar las decisiones adoptadas en esta materia. Esta comisión determinó sus propias normas de procedimiento y tenía en especial el derecho de convocar a toda persona, que podría comparecer con su abogado. Las personas que no estaban dispuestas a hacer una declaración bajo su honor de que no eran y que no habían sido miembros del Partido Comunista no podían apelar a esta comisión.<sup>34</sup> Posteriormente, varios tribunales americanos <sup>35</sup> declararon en varios casos que la negativa del pasaporte era ilegal y decidieron que se concediera el pasaporte a dichas personas. El Tribunal del distrito de Columbia también se ha negado a reconocer la pretensión del Gobierno de tener un derecho absoluto e incontrolable a la expedición o no expedición de pasaportes. El juez Faly declaró que el derecho a viajar es un "derecho natural" y que las limitaciones que imponga el Gobierno a esta libertad deben estar de acuerdo con lo dispuesto en la quinta enmienda a la Constitución.36 La misma opinión emitió en 1958 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el proceso de "Kent y otros contra Dulles". 37 También en este caso se había negado a ciudadanos americanos el pasaporte y, por lo tanto, el derecho de abandonar el país, puesto que la

<sup>34</sup> Robert E. Cushman, Civil Liberties in the United States, Cornell University, 1956.

<sup>35</sup> Bauer v. Acheson 106, Fed. Supp. 443, 1952; Nathan v. Dulles 129, Fed. Supp. 951, 1955; Schachtmann v. Dulles 225, Fed. 2 d, 938, 1955.

<sup>36</sup> Louis L. Jaffe: The Right to Travel: the passport problem en Foreign Affairs, vol. 35, núm. 1-4, 1956/57; Quinta enmienda à la Constitución de los EE.UU. (1789): "... no será privado de su vida, libertad o propiedad sin

proceso..."
<sup>37</sup> Kent y otros contra Dulles, Secretario de Estado: United States Reports, vol. 357, casos juzgados por el Tribunal Supremo en octubre de 1957.

comisión consideraba que pertenecían al Partido Comunista o por lo menos lo apoyaban. La sentencia del Tribunal Supremo decía: "El secretario de Estado no estaba facultado en virtud de las disposiciones de la ley de 3 de julio de 1926 y de la ley sobre la inmigración y derechos civiles de 1952 a negar el pasaporte a dichas personas por las razones invocadas". Considerando, como lo hizo el Tribunal, que el derecho de salida del país es inherente a la libertad personal, el Tribunal declaró que en virtud de la quinta enmienda a la Constitución no se podría privar a un ciudadano de ese derecho sino era conforme a una sentencia judicial. 38

Además de esta opinión claramente expresada en esta sentencia de que la libertad de salida del país es parte de la libertad personal garantizada por la Constitución, hay otro argumento complementario, y quizá de tanta importancia, que justifica el derecho natural a viajar que es, como sucede en Inglaterra, el ser una libertad re-

conocida por la costumbre.39

En el sistema jurídico inglés los derechos fundamentales principales no están garantizados por la ley escrita, sino que están asegurados más bien por el hecho de que las limitaciones a la libertad individual sólo pueden basarse en uno de los derechos consuetudinarios reconocidos por el Commonwealth o por una lev. En la práctica, estas libertades se definen negativamente basándose en el carácter limitado y específico de las limitaciones previstas en el orden legal. El derecho a la libertad de viajar y a dejar el país libremente es un principio jurídico de este tipo. En la rápida reseña histórica que hicimos antes, señalamos que la Carta Magna de 1215 reconocía a los súbditos ingleses la libertad de salir del país. Esta disposición no fue recogida en la Gran Carta de Enrique III porque se consideró que, como la Carta Magna sólo codificaba derechos reconocidos anteriormente, esa omisión en la versión posterior de la Carta Magna no derogaba este derecho. El Decreto Real Ne exeat regno y las leyes de Isabel I y Jacobo I y otros reyes absolutistas limitaron este derecho, pero después fueron derogadas estas disposiciones de forma que el derecho reconocido por la costumbre de salir del país libremente fue disfrutado después por todos los ciudadanos ingleses y hoy lo poseen sin ninguna limitación.

Cuando se ha dicho anteriormente que las constituciones promulgadas en los últimos tiempos incluyen con más frecuencia que las anteriores constituciones una disposición dedicada a la libertad de salida del país, hay que entender esto con determinadas limitaciones. Así, por ejemplo, como se ha dicho antes, el Estado a veces considera dicha libertad suficientemente garantizada por otra dis-

Véase también: Comisión Internacional de Juristas, La Haya, 1958, Boletín núm. 8, págs. 20 a 22.
 Véase Jaffe, nota 36.

posición de la Constitución y entonces estima innecesario o improcedente dedicar a este derecho una norma expresa. Sin embargo, es más lamentable la tendencia de numerosos Estados comunistas a modificar la lista de derechos fundamentales, entendidos en sentido socialista, en las nuevas versiones de sus constituciones. Así. algunos de los Estados comunistas de Europa oriental, que en la Constitución de 1945 incluían todavía la libertad de migración, no la mencionan va en los textos constitucionales recientes. Éste es el caso también de la Constitución de la República Popular de Mongolia de 1945, modificada en 1952, que incluía la libertad de circulación en el territorio y la libre elección del domicilio como uno de los derechos del ciudadano, pero que en la nueva redacción de 6 de julio de 1960 no contiene una disposición de este tipo. El artículo 10 de la Constitución de la República Democrática de Viet-Nam, redactada en el año 1946, dispone: "Los ciudadanos del Viet-Nam gozan de la libertad de palabra, de prensa, de reunión, de religión, de residencia y de circulación en todo el territorio del país e igualmente del derecho de salir al extranjero."

Esta última disposición no aparece ya en la nueva Constitución en vigor desde 1º de enero de 1960. El artículo 28, párrafo 2, de este texto dice: "Los ciudadanos de la República de Viet-Nam gozan de la libertad de residencia y de circulación." 40 Igualmente, la Constitución de la República de Checoslovaquia de 9 de mayo de 1948 comprendía aún una disposición que consagraba la libertad de migración. Éste no es el caso en la Constitución de 11 de julio de 1960 de la República denominada ahora "socialista checoslovaca".41 Estos ejemplos muestran claramente una tendencia hostil en general a la libertad de salida, sin entrar a determinar ahora si es así en la práctica o si se trata sólo de disposiciones que continúan siendo letra muerta. En general, se puede decir que a pesar de la tendencia antes indicada, muchos Estados totalitarios, y no deja de ser extraño, proclaman en sus constituciones la libertad de salida del país. 42 Naturalmente estas disposiciones pueden no tener verdadera importancia para el pueblo sometido a una dictadura de derecha o de izquierda; sin embargo, para el observador objetivo tiene interés ver que el Estado policíaco considera deseable simular

40 Véase el texto de la Constitución en: Osteuroparecht Deutsche Gesellschaft für Osteuropakunde, Stuttgart, 1960, vol. 2/3.

<sup>42</sup> Por ejemplo, Cuba, la República Dominicana bajo el dictador Trujillo, la

República Democrática Alemana, etc.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> El párrafo 2 del artículo 7 de la Constitución de 1948 decía: "El derecho a la emigración sólo puede ser limitado por la ley." El artículo 31 de la Constitución de 1960 dice: "La inviolabilidad de la correspondencia y el secreto de la misma, así como la libertad de circulación son derechos de los ciudadanos checos." Texto de la Constitución que figura en el Jahrbuch für Ostrecht, Institut für Ostrecht, Munich, 1960, vol. I.

la concesión de este derecho. Esto pudiera ser un indicio de que la libertad de viaje es para todos uno de los criterios de la democracia liberal.

Otra forma de regular este principio de derecho es simplemente la publicación de una ley. Así, por ejemplo, la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1936 no comprende ninguna disposición sobre la libertad de viaje. Sin embargo, el artículo 5 del Código Civil de la República Socialista Soviética de Rusia de 1922 dispone que el ciudadano soviético tiene libertad de circulación y de residencia en el territorio de la República Socialista Federal Soviética Rusa. Una interpretación extensiva de esta libertad de circular dentro del territorio del Estado que, como se verá más adelante, no se concede nunca en la práctica, es en el sentido antes indicado impensable. El párrafo 5 de la ley de introducción al Código Civil de 1922 dispone que la interpretación extensiva del Código sólo está permitida cuando lo justifica el interés del Estado de trabajadores y campesinos o cuando favorece a las masas trabajadoras. 44

Con esto termina la breve reseña de las formas de regulación jurídica de la libertad de salida del país que, como hemos visto, abarcan, con muchos matices, desde la disposición expresa en la Constitución y la interpretación extensiva de otras disposiciones constitucionales hasta la simple regulación por ley o el reconocimiento de la costumbre.

### Control y limitaciones de la libertad de salida

Para el individuo que quiere abandonar un país determinado, lo fundamental no son las garantías legales de la libertad de salida, escritas o no escritas, sino más bien la respuesta a la pregunta de si en realidad puede o no salir del país. Como la naturaleza de esta libertad de salida está regulada en cada Estado mediante una serie de medidas legales y administrativas y además existen con frecuencia muchas otras normas jurídicas que pueden influir indirecta o esencialmente en la libertad de salir del país, la respuesta a la pregunta de si un determinado individuo podrá gozar de esta libertad dependerá de factores distintos. Como se indicó en el capítulo anterior, existen limitaciones justificadas a la libertad de salida del país. Estas limitaciones requieren una reglamentación legal y para el cumplimiento de estas normas es necesario de la acción de los órganos de la administración. Además, el gran número de normas

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Reinhard Maurauch, *Handbuch der Sowjetverfassung*, Munich, 1955, pág. 328 y ss. El autor no pudo tener en cuenta la modificación promulgada el 8 de diciembre de 1961.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Vladimir Gsovski, Soviet Civil Law, University of Michigan Law School, 1949, pág. 19 y ss.

que con frecuencia conducen a la falta de claridad de la reglamentación y el poder discrecional del órgano ejecutivo suponen un peligro para el ejercicio de esta libertad que no hay que subestimar.

Principalmente afecta esto a la expedición de los documentos necesarios para el viaje de salida. Estos documentos tienen su origen en la importancia especial del control de las salidas y entradas en el territorio del Estado por motivos de seguridad y de bien público. Así, la mayor parte de los países exigen que los ciudadanos que deseen abandonar el territorio posean un pasaporte o un documento de identidad análogo. En algunos países es además necesario un visado de salida, una autorización de la policía para emigrar, etc. Las leves que regulan todo lo relativo a los pasaportes son uno de los medios más importantes del Estado de controlar, limitar, o suprimir totalmente la salida del país. Estas leyes fijan en cada norma una serie de requisitos positivos y negativos para la concesión del pasaporte y la mayor parte de las veces dan al órgano encargado de su expedición amplias facultades. Es, por tanto, de la mayor importancia que el solicitante de un documento de viaje pueda tener un medio jurídico de reclamar cuando se le niegue dicho documento y que, en el caso de infracción de uno de los derechos reconocidos por la Constitución, después de agotar la vía administrativa pueda recurrir a un tribunal independiente. Como complemento de esta protección jurídica incondicional y obligatoria es preciso que el órgano administrativo encargado de la expedición de los pasaportes y de las autorizaciones de viaje de salida deba, en virtud de las disposiciones correspondientes, resolver sobre cada solicitud individual en un plazo determinado y, en caso de negativa, es necesario que declare los motivos por los que ha tomado esa decisión.

A este respecto, son muy importantes las conclusiones a que se llega en el informe de trabajo 45 (Progress Report) del Sr. José B. Inglés, presentado a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del Consejo Económico y Social, sobre el tema: "La discriminación en materia del derecho de toda persona en salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país", basado en las informaciones de 16 gobiernos y de un número mayor de organizaciones no gubernamentales y que se ocupa especialmente del problema de los pasaportes. También en los

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciónes y Protección a las Minorías, Estudio sobre la discriminación en materia del derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, informe sobre la marcha de las trabajos presentado por el relator especial Sr. José D. Inglés, núm. de distribución: E/CN./4/Sub.2/L/215, 3 de noviembre de 1960.

debates 46 de la citada Comisión sobre este informe se señaló justamente de nuevo el peligro que amenaza a la libertad de salida del país por parte de un ejecutivo excesivamente poderoso y la necesidad que se observe el postulado antes citado (recursos jurídicos, obligación del órgano administrativo de tomar una decisión, etc.). Además de las leves sobre los pasaportes, existe en cada país una serie de disposiciones que limitan la libertad de salida, especialmente las disposiciones para la protección del emigrante, las normas de policía sanitaria, las leyes de divisas, las disposiciones de aduana, etc. Mientras estas disposiciones y su aplicación no supongan una discriminación o una derogación de la libertad de salida del país y estén motivadas por el interés general, estas limitaciones, por lamentables que sean desde el punto de vista estricto de esta libertad, no pueden considerarse como una infracción del principio iurídico fundamental de la libertad de salida del país. Sin embargo, con frecuencia los medios de control antes enumerados son sólo un medio de ejercer, por motivos políticos, una verdadera discriminación en materia de libertad de salida del país. Así se hace constar en una publicación de la Oficina Internacional del Trabajo 47 al decir: "Sin embargo, aun cuando en la mayor parte de los países las restricciones legislativas de emigración no constituyen verdaderas trabas, las distintas administraciones cuentan con medios más o menos eficaces para oponerse a ellas cuando, por razones de su incumbencia, desean evitar la emigración de una categoría determinada de individuos o que aquélla se dirija hacia un país en particular. ... La aplicación de este método administrativo, en gran escala, puede dar lugar - incluso si las legislaciones no contienen medidas de ese género - a una prohibición de hecho de toda emigración,48 siendo aproximadamente ésta la situación de los países de Europa oriental y de la U.R.S.S.".

## Infracción del principio de la libertad de salida del país

Al tratar de definir el concepto de "infracción de la libertad de salida" hay que tener en cuenta que se trata de un derecho fundamental que por su naturaleza está sometido a ciertas limitaciones para proteger tanto a la persona que pretende ejercerlo como a la comunidad. Esta consideración nos lleva por fuerza a una

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 13.ª reunión, 311.ª a 314.ª sesiones, número de distribución: E/CN 4/Sub. 2/Sr. 311, 312, 313, 314.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Oficina Internacional del Trabajo: Las migraciones internacionales, 1945-1957, Ginebra, 1959, págs. 233 y 234.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Lo dicho aquí de la emigración es también válido, aunque quizá en menor medida, para la libertad de salida. (Nota del autor.)
<sup>49</sup> Véase *supra* en la pág. 82.

definición de la violación del derecho de salida que procede de las limitaciones permitidas. Éstas están definidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en forma común y útil para todos los derechos y libertades formulados en dicha Declaración. Así, el párrafo 2 del artículo 29 dice: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática." Varias constituciones fijan a las reservas permisibles límites estrictos y al mismo tiempo concretos, pues disponen que, en general, sólo podrán imponerse limitaciones a los derechos fundamentales en virtud de una ley y sólo con motivo de la seguridad o del orden público, de la moral o de la salud públicos o para proteger los derechos y libertades de otra persona. Existirá, por lo tanto, en general, una infracción de la libertad de salida cuando se prohiba dicha salida por causas que no se havan reconocido como limitaciones autorizadas de esta libertad. Las infracciones a la libertad de viaje pueden revestir múltiples formas. Así se deduce de los fundamentos de la definición antes adoptada. En primer lugar, están todas las normas legales que consagran limitaciones a esta libertad no autorizadas en la definición anterior. Igualmente todo acto del poder legislativo, decisión de los tribunales o de la administración que infrinja esta libertad, siempre que representen una discriminación 50 en relación con este derecho. En la práctica, la violación más frecuente de la libertad de salida del país es la que se lleva a cabo mediante la discriminación de personas o de grupos de personas por motivos políticos. Los demás motivos de discriminación en relación con dicha libertad son hoy día raros, aunque se han dado y se dan casos de discriminación por motivos raciales y religiosos. Los casos de violación de la libertad de salida del país enumerados a continuación no deben considerarse de ningún modo como una lista exhaustiva, sino más bien como ejemplos ilustrativos de las consideraciones generales y teóricas expuestas en este artículo, así como prueba de que la libertad de salida es hoy

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Discriminación en el sentido del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía."

día un derecho fundamental violado con frecuencia y que, por lo tanto, necesita una protección especial.

La Constitución de la U.R.S.S. de 1936 no contenía ninguna disposición sobre la libertad de circulación en el territorio nacional

ni sobre el derecho a la emigración o a la salida del país.<sup>51</sup>

El que la Constitución no reconozca el principio de la libertad de circulación dentro del territorio del Estado pudiera ser debido a que este derecho está considerablemente limitado de facto mediante el sistema de concesión de pasaportes (Ley sobre la concesión de pasaportes de 1932 y 1940): sólo los poseedores de pasaporte gozan en la U.R.S.S. de la libertad de circulación, salvo las zonas prohibidas y fronterizas, mientras que las personas que no tienen pasaporte (la mayoría de la población) no puede abandonar su domicilio en un distrito urbano, especialmente en las grandes ciudades. sin autorización de los órganos administrativos.<sup>52</sup> Al estudiar la situación jurídica y de hecho respecto de la libertad de salir del país en la Unión Soviética, tenemos que tener en cuenta en primer lugar que no hay ninguna garantía constitucional ni legal de esta libertad. La cuestión de la entrada y salida de la Unión Soviética se regula mediante las disposiciones promulgadas el 5 de junio de 1925 (colección de leves de la U.R.S.S. de 1929, núm. 37, artículo 277) por el Consejo de Comisarios del Pueblo y ratificadas por el Comité Central Ejecutivo. La salida de la U.R.S.S. sólo es posible mediante la concesión de un pasaporte que sólo es válido para un tiempo determinado, en la mayoría de los casos por un año. Existen a) pasaportes diplomáticos, b) pasaportes de servicio, y c) pasaportes ordinarios.<sup>53</sup> Conceden los pasaportes los órganos de la milicia, es decir, el Ministerio del Interior. Teniendo en cuenta la práctica seguida actualmente en la Unión Soviética, se puede decir que un ciudadano soviético sólo tiene pasaporte para salir del país cuando debe partir en misión oficial o para participar en una conferencia o en un congreso científico. La salida del país por motivos puramente privados sólo se autoriza en casos muy raros y la mayor parte de las veces sólo a funcionarios de confianza del Partido. En los últimos años, esta práctica se ha seguido mucho menos estrictamente y se han organizado viajes de turistas soviéticos al extranjero. No se prevén aún disposiciones legales para reglamentar la emigración.<sup>54</sup> La autorización para emigrar la concede, en casos

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Véase supra en la pág. 96.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> R. Maurauch, obra citada, pág. 328 y siguientes. Véase también la descripción detallada de las limitaciones de libertad en el interior del Estado y del sistema de pasaportes en la Unión Soviética de H. McClosky y J. Turner, *The Soviet Dictatorship*, Nueva York, 1960, pág. 468 y ss.

<sup>53</sup> Derecho administrativo soviético (en ruso), 1950, pág. 293 y ss.

<sup>54</sup> Ibid.

muy raros, el Presidium del Soviet Supremo de la U.R.R.S., que también es el que declara la pérdida de la nacionalidad.

La salida del país sin un pasaporte válido constituye un delito y está previsto en el artículo 83 del Código Penal de la R.S.F.S.R.<sup>55</sup> de 1.° de enero de 1961: "La salida al extranjero, la entrada en la U.R.S.S. o el paso de la frontera sin un pasaporte o un permiso válido de las autoridades competentes se castigará con la privación de libertad de uno a tres años." <sup>56</sup> La misma redacción tiene el artículo 20 de la "ley sobre la responsabilidad penal por delitos contra el Estado", <sup>57</sup> vigente en todo el territorio de la Unión Soviética. <sup>58</sup> El artículo 84 del Código Penal de la R.S.F.S.R. de 1927 regulaba los mismos delitos pero preveía una pena mayor: internamiento en un campo de trabajo.

Las disposiciones antes citadas sólo son aplicables en el caso de viajes al exterior efectuados sin autorización por corto plazo y con la intención de volver a la Unión Soviética. Todos los demás viajes o toda estancia en el extranjero sin una autorización válida o la desobediencia a una orden oficial de retorno al país están castigados por penas mucho mayores que se pueden calificar, sin exageración, de draconianas.<sup>59</sup> Así, la orden de 21 de noviembre de 1929 60 prescribe para todos los funcionarios soviéticos en el extranjero que pasen al campo de los enemigos de la clase obrera y campesina "y se nieguen a volver a la Unión Soviética" la pena de proscripción (en sentido de fuera de la ley). Esta pena tenía las

<sup>55</sup> R.S.F.S.R. = República Socialista Federal Soviética de Rusia.

Código Penal de la R.S.F.S.R., de 27 de octubre de 1960, en vigor desde el 1.º de enero de 1961, publicado en una edición especial oficial con el título: "Leyes y decretos promulgados por el Soviet Supremo de la R.S.F.S.R. del 25 el 27 de octubre de 1960." El texto figura en: Strafgesetzbuch, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz der RSFSR, informe del Instituto de Europa Oriental de la Universidad Libre de Berlín, Berlín, 1961, cuaderno 46. Este Código Penal deroga el Código Penal de la R.S.F.S.R. de 1.º de enero de 1927. Los códigos penales de las restantes repúblicas de la Unión son, en general, análogos al Código Penal de la R.S.F.S.R.

<sup>57</sup> Ley sobre la responsabilidad penal por delitos contra el Estado de 25 de diciembre de 1959 en Viedomosti Vierjovnovo Sovieta (Comunicaciones del Soviet Supremo), 1.º de enero de 1960, núm. 1 (933); el texto ruso e inglés figura en: Law in Eastern Europe, vol. 3, The Federal Criminal Law of the Soviet Union, University of Leyden, 1959, pág. 73 y ss.

58 La razón de una doble reglamentación de los mismos delitos en una ley

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> La razón de una doble reglamentación de los mismos delitos en una ley de una república de la Unión en una ley válida para todo el territorio de la Unión se explica por las normas de competencia en el legislador penal soviético; véase al respecto: Die Grundsätze der Strafgesetzgebung der UdSSR und der Unionsrepubliken, en Studien des Instituts für Ostrecht, Munich, 1960, vol. 10, pág. 14 y ss.

vol. 10, pág. 14 y ss.

59 Véase: W. W. Kulski, The Soviet Regime, Syracuse University Press, 1954,

pág. 239 y ss. <sup>60</sup> Orden del Presidium del Comité Central de la U.R.R.S. de 21 noviembre de 1929, Sobranie zakonov (= Recopilación de leyes de la U.R.S.S. hasta 1936), 1930, núm. 6, pág. 66.

siguientes consecuencias: confiscación de los bienes y muerte por fusilamiento en el plazo de 24 horas a partir de la captura del culpable. Esta pena sólo podía ser impuesta por el Tribunal Supremo de la Unión Soviética. La huida al extranjero y la negativa a volver también podían ser castigadas en virtud del artículo 58, párrafo 1 a) del Código Penal de la R.S.F.S.R. de 1927, como alta traición. La orden antes citada de 1929 fue derogada el 25 de diciembre de 1958 por la "ley sobre la ratificación de las leyes penales fundamentales de la Unión Soviética y de las repúblicas de la Unión".61 Desde entonces, la huida al extranjero y la negativa de volver a la Unión Soviética, independientemente de que el ciudadano soviético esté en misión o no, son siempre un delito de alta traición, como se prescribe en el artículo 1 de la "Ley sobre la responsabili-dad penal por delitos contra el Estado" y en el artículo 64 a) del Código Penal de la R.S.F.S.R. (1961). Este artículo, que se diferencia poco del artículo 58-1a) del Código Penal de 1927 en el que se describía el delito de alta traición, da una definición muy amplia de dicho delito: "Es delito de alta traición contra la patria todo acto de un ciudadano de la U.R.S.S. cometido intencionadamente y que perjudique a la independencia del Estado, a la integridad territorial o al poder militar de la U.R.S.S.: pasarse al enemigo. espionaje, comunicación de secretos de Estado o militares a otro Estado, huida al extranjero o negativa a volver a la Unión Soviética". 62 La ayuda a una potencia extranjera mediante actos hostiles a la U.R.S.S. o la conspiración con el fin de conquistar el poder se castigarán con la privación de libertad de 10 a 15 años, y confiscación de los bienes o con pena de muerte y confiscación de bienes". Eta disposición da por supuesto que la huida al extranjero es en sí un acto antisoviético, incluso si no va acompañada de actos que se consideran habitualmente como alta traición.

Hasta la derogación del Código Penal de 1927 se castigó la huida de un militar al extranjero como deserción, con pena de muerte por fusilamiento y confiscación de bienes. Como el cumplimiento de la pena correspondiente a la huida al extranjero no es posible en la mayor parte de los casos, el legislador soviético ha creado una figura jurídica desconocida en los Estados democráticos que es la responsabilidad familiar, a fin de disuadir a los miembros de las fuerzas armadas soviéticas de toda deserción. El artículo 58-1c) del Código Penal de 1927 disponía que los miembros de la familia del desertor que le hubiesen ayudado a huir o que tuvieran conocimiento de sus proyectos de huida y no lo hubieren

62 El subrayado es del autor del presente artículo.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> La lista de las leyes derogados por esta ley figura en un ukase del Presidium del Soviet Supremo de la U.R.S.S., de 13 de abril de 1959, publicado como apéndice en Viedomosti Vierjovnovo Sovieta, U.R.S.S., 1959, núm. 15, artículo 91,

comunicado a las autoridades, serían castigados con una privación de libertad de 5 a 10 años y con confiscación de sus bienes. En virtud del art. 58 los otros miembros de la familia del desertor mavores de edad, que en el momento del delito vivieren con el desertor o lo hubieren avudado, quedaban castigados con la privación de su derecho electoral y con destierro por 5 años en un lejano territorio de Siberia. Según el artículo 58-ic), el castigo mayor se imponía a los miembros de la familia del desertor que le hubieran avudado o no lo hubieran denunciado; esto sólo ya es totalmente contrario a la concepción jurídica de la sociedad democrática de que los miembros de la familia están libres de toda obligación de denuncia sancionada con una pena. Sin embargo, la segunda disposición del artículo 58-1c) supone una violación aún mayor del principio jurídico nullum crimen sine culpa puesto que establece la responsabilidad penal colectiva de los miembros de la familia del desertor, aunque no le hayan ayudado ni hayan tenido conocimiento de su provecto. 63 Afortunamente, estas disposiciones sobre la huida de un militar y sobre la responsabilidad de los miembros de la familia va no se conservan en el nuevo Código de la R.S.F.S.R. Igualmente, la "Ley sobre la responsabilidad penal de los delitos militares" 64 solamente establece el delito de deserción, conocido en otros países, y deroga la norma de la responsabilidad colectiva de los miembros de la familia.

Lo expuesto anteriormente demuestra con toda claridad que al ciudadano soviético no se le reconoce el principio de libertad de salida del país y, por lo tanto, una parte esencial de la libertad personal. Las disposiciones limitativas y penales sobre la libertad de salida y la emigración constituyen una violación grave del artículo 13, párrafo 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Y no sólo no gozan de estos derechos los ciudadanos soviéticos, sino también miles de extranjeros que se encuentran en el territorio soviético. La mayor parte llegaron a Rusia con motivo de la guerra, va sea porque fueron deportados de su propio territorio por los soviéticos o bien por haber sido hechos prisioneros de guerra. Todos ellos continúan esperando que sus repetidas solicitudes de autorización de salida del país y las protestas de sus gobiernos les permitan finalmente volver a su país. A este respecto, los dirigentes del Kremlín no sólo infringen derechos humanos fundamentales, sino además todos los principios reconocidos del derecho de gentes. 65 Lo dicho anteriormente sobre la libertad de salida en la Unión

65 Oppenheim-Lauterpacht, International Law, Londres, 1948, vol. I, pág. 629 y ss.

<sup>68</sup> Véase Kulski, (nota 59), op. cit., pág. 240 y ss.

<sup>64</sup> Ley de 25 diciembre de 1958, publicada en *Izvestia*, 26 de diciembre de 1958, y *Viedomosti*, 1.º de enero de 1959, núm. 1 (933); texto ruso e inglés en: *Law in Eastern Europe*".

Soviética es válido también, con pequeñas modificaciones, para todos sus Estados satélites e incluso para los países comunistas de Asia. La cortina de hierro que separa a las Estados del este de la mayor parte de los países europeos ha sido construida, según declaran continuamente los comunistas, "para proteger al campo socialista de la agitación de los países militaristas del capitalismo occidental que buscan la revancha". Pero en el curso de los últimos 10 años se ha puesto claramente de manifiesto cuál es en realidad el motivo de las alambradas y de los campos de minas. Se han construido en primer lugar para impedir, como complemento de las medidas legales administrativas y jurídicas, que el pueblo de estos Estados pueda abandonar sus países. La prueba complementaria y al mismo tiempo más clara de esta afirmación son los innumerables refugiados de esos territorios y especialmente los que han muerto o han sido heridos en esta cortina de hierro por las balas de la policía fronteriza o por las minas. Las últimas grandes grietas de la cortina de hierro se cerraron el 13 de agosto de 1961 con la construcción del muro entre las dos mitades de Berlín.66

Otros casos extremos de desprecio por la libertad de salida del país se observan en las dictaduras latinoamericanas; en la República Dominicana hasta el asesinato del dictador Trujillo, en Cuba, en Paraguay y en Nicaragua. También en el continente africano se pueden citar especialmente la República Árabe Unida, Ghana, Dahomey y la Unión Sudafricana. En estos casos hay que tener en cuenta una diferencia con los Estados del bloque oriental, a saber, que por regla general limitan la prohibición de salida del país a los adversarios políticos activos, mientras que los Estados comunistas de Europa prohiben toda emigración y todo viaje de salida a la mayor parte del pueblo. La Ley sobre la salida del pais 67 de la Unión Sudafricana de 1955 dispone que la salida del país sin permiso del Estado constituye un delito y da al Gobierno toda libertad respecto de la concesión de estos permisos. Repetidamente se ha negado a políticos sudafricanos y a estudiantes la salida del país.68 La actitud negativa del Gobierno de la República Árabe Unida respecto de la libertad de salida del país y de emigración puede verse, por ejemplo, en las declaraciones del delegado egipcio en el debate de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías. 69 Este delegado dijo, entre otras cosas, que no se puede exigir el derecho de salida libremente de un Estado, como se postula en el párrafo 2 del artículo 13 de la

<sup>66</sup> La Muralla de Berlín: Atentado contra los derechos humanos. Informe de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, marzo de 1962.

<sup>67</sup> Departure from the Union Regulation Act 1955, artículo 2.

<sup>68</sup> South Africa and the Rule of Law. Informe de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1960, pág. 38.

<sup>69</sup> Véase la nota 46 en la pág. 98.

Declaración Universal de Derechos Humanos, como un derecho colectivo sino más bien como un derecho individual. El representante de la República Árabe Unida fundó esta opinión en las consecuencias posiblemente adversas que tendría una emigración en masa para la economía de un país. Como se indicó justamente en los sucesivos debates, si la libertad de salida del país fuera un derecho solamente de carácter individual, esta libertad quedaría prácticamente anulada. El texto del párrafo 2 del artículo 13 ("Toda persona tiene derecho...") es contrario a esta interpretación de este principio jurídico.

Incluso reconociendo, en el caso de que la emigración pueda poner en peligro la economía, el derecho del Estado de imponer ciertas limitaciones a esta libertad, hay que rechazar toda diferencia entre un derecho colectivo y uno individual a la libertad de salida del país. No hay que olvidar que todo Estado tiene el deber de asegurar un mínimo de libertad y de bienestar económico y social necesario para impedir la emigración en masa. El argumento del perjuicio económico que ocasionaría a los Estados la emigración en masa pierde todo valor cuando la causa de la emigración en masa es el terror político o el fracaso del sistema económico implantado.

Las violaciones más frecuentes y más importantes de la libertad de salida del país son independientes en los regímenes totalitarios de las premisas ideológicas. Lo fundamental es el hecho de que la negación de esta libertad es un corolario inseparable del sistema estatal basado en la violencia y en el terror. Mientras los hombres puedan evitar la presión política abandonando el país, estos sistemas no podrán tener éxito y conducirán a la ruina económica del país por la creciente falta de mano de obra. Esto es válido en general para todos los Estados totalitarios. Los Estados comunistas cuya sistema totalitario se basa en una fusión de la ideología y el terror tienen también otros motivos para cerrar herméticamente el país frente a los Estados no comunistas. En primer lugar, el que las emigraciones en masa ocasionarían una pérdida de prestigio y, por lo tanto, una influencia forzosamente negativa en los partidos comunistas de los demás países; en segundo lugar, para la ideología comunista, que en opinión de sus representantes es la base para construir la mejor forma de sociedad y la que ofrece más posibilidades para el futuro y cuyo objetivo es la conquista de todo el mundo, es simplemente inaceptable que una persona abandone libremente dicho orden social para acogerse a uno "de menor valor". En la situación actual de rivalidad entre las potencias mundiales también es un factor de importancia, por supuesto, el temor a la revelación de secretos de Estado o militares por parte de los ciudadanos que abandonen el país.

#### El carácter internacional de la libertad de salida

Lo expuesto anteriormente demuestra que la cuestión de la salida del país es en primer lugar una cuestión interestatal. Como tal puede y debe ser reglamentada por los distintos Estados en interés del ciudadano, pero también teniendo en cuenta, como es justo, el interés común. Al mismo tiempo se trata también de una cuestión que hoy pertenece al campo del derecho internacional precisamente por el contenido de derecho humano inherente a la libertad de salida. Los derechos humanos han adquirido carácter de derecho de gentes por primera vez en los últimos decenios. Hasta entonces tenían el carácter de principios jurídicos cuya reglamentación estaba reservada a cada Estado. El primer paso en este sentido fue dado después de la primera guerra mundial y la Carta de las Naciones Unidas ha sido el paso decisivo al señalar que uno de los fines del Estado es reconocer y observar los derechos humanos, con lo cual estos derechos han llegado a ser una cuestión de reglamentación internacional. 70 El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha creado, en virtud del artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas, una Comisión de Derechos Humanos que se ha dividido, a su vez, en varias subcomisiones, una de las cuales se ocupa de la protección a las minorías y de la prevención de la discriminación. Esta subcomisión tiene el proyecto de emprender un estudio profundo de todos los elementos de la libertad de salida.<sup>71</sup> Fue la Comisión de Derechos Humanos la que preparó la Declaración Universal de Derechos Humanos y diversos proyectos para la convención, que aún se discute, de los derechos humanos. Tanto en esa Declaración de Derechos Humanos como en el proyecto de convención para la protección de los derechos personales y políticos se ha incluido el derecho a la libertad de salir del país. 72 Como ya se sabe, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no es un tratado internacional, sino que, en opinion de la mayoría, tiene el carácter de una recomendación de la Asamblea General para los Estados Miembros, conforme a lo expuesto en el artículo 10 de la Carta de las Naciones Unidas. Por el contrario, la Convención para la protección de los derechos personas y políticos que hasta ahora sólo es un proyecto, una vez ratificado, tendrá fuerza de obligar. La Convención Europea para la

To Sobre la condición de estos derechos en el derecho internacional, véase también, por Heinz Guradze, Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1956.
 Véanse las notas 45 y 46 en las págs. 97 y 98.

<sup>72</sup> Párrafo 2 del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948; véase también el párrafo 2 del artículo 12 del proyecto de pacto sobre derechos políticos y civiles, aprobado por la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de noviembre de 1959, que dice: "Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio".

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, instituyó esta obligación jurídica de los Estados signatarios de observar los derechos humanos. El derecho a la libertad de salida no estaba reconocido primitivamente en la Convención de derechos humanos europea. La razón es que no había unanimidad sobre la admisión de la Convención y se reservó la reglamentación del derecho a esta libertad, así como de otro derecho, a una codificación posterior para no retardar o incluso comprometer totalmente la conclusión de la Convención citada. Por eso se había preparado un protocolo adicional que incluía la lista de derechos humanos a la Convención y otros tres principios fundamentales. Te

El 22 de enero de 1960, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa aprobó la recomendación 234 que prevé la conclusión de un segundo protocolo adicional en el que se protegen otros seis derechos fundamentales que no figuraban ni en la Convención ni en el primer protocolo adicional. Entre estos seis derechos se encuentra el derecho a la libertad de circulación y a la libertad de salida del país. El párrafo 2 del artículo 2 del proyecto de protocolo dice: "Toda persona es libre de abandonar cualquier país, inclusive el propio." La Comisión de Ministros del Consejo de Europa ha remitido la cuestión a un comité de expertos que presentará un informe en el curso de 1962 y sobre el cual comenzarán los debates de los Estados Miembros del Consejo de Europa para la eventual firma del protocolo.

Otro documento internacional en el que figura la libertad de salida del país es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia de la Organización de los Estados Americanos celebrada del 10 de marzo al 2 de mayo de 1948 en Bogotá. Existe además un proyecto de convención de derechos humanos preparado para la Organización

<sup>73 &</sup>quot;La Convención es una especie de constitución común de los derechos y libertades. Es una Carta sancionada por un sistema específico de control colectivo. Consigue de esta forma internacionalizar las garantías constitucionales y legislativas..." Th. Eustathiades: La Convention des Droits de l'Homme et le Statut du Conseil de l'Europe, Die Friedenswarte, vol. 52, 1955.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Estos derechos fundamentales son: derecho a la propiedad, derecho de los padres a la educación de los hijos y derecho a elecciones libres. Este primer protocolo adicional fue firmado en la reunión del Comité de Ministros de 26 de marzo de 1952. K. J. Partsch, Enstehung der europäischen Menschenrechtskonvention, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Stuttgart, 1953/54, vol. 15, pág. 631 y ss.

<sup>76</sup> Véase Consejo de Europa, La Coopération Européenne en 1960, Rapport du Secrétaire Général - 1961, Estrasburgo, abril de 1961, pág. 210 y ss.
76 El artículo 8 de esta Declaración dice: "Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad."

de los Estados Americanos por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en al año 1959 y que se ha sometido al Consejo de esta Organización. Esta convención in statu nascendi ha incluido igualmente la libertad de viaje en la serie de derechos humanos que deben protegerse.<sup>77</sup>

Este breve examen del carácter internacional de la libertad de salida del país quizá baste para demostrar que esta libertad es hoy día para la gran mayoría de los Estados un derecho humano que exige protección internacional. Por lo tanto, esta cuestión vuelve a ser del dominio del derecho de gentes sin perder por ello, como es natural, su carácter interestatal.

RUDOLF TOROVSKY \*

<sup>\*</sup> Doctor en Derecho (Viena); miembro del personal jurídico de la Secretaría de la Comisión Internacional de Juristas.

TI El artículo 15 de este proyecto dice así: "Con sujeción a cualesquiera disposiciones legislativas de carácter general del Estado interesado, que establezcan las restricciones que razonablemente puedan ser necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la higiene o la moral públicas, o los derechos y libertades ajenos, y que sean compatibles con los demás derechos reconocidos en la presente Convención: 1. b. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio."

## LA APLICACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURIDÍCO INTERNO

### **SUMARIO**

	NOTA PRELIMINAR	110
§ I.	Introducción	111 112
	<ol> <li>¿ Se integra el derecho internacional en el orden jurídico interno?</li> <li>a) El derecho internacional consuetudinario</li> <li>b) El derecho internacional contractual</li> </ol>	114 114 115
	2. ¿ Cuáles son las condiciones y las modalidades de la integración del derecho internacional en el orden jurídico interno?	116
	3. ¿ Cuál es la posición de las normas "incorporadas" en la jerarquía de las normas del derecho interno?	116
	4. ¿ Cuál es la situación de los particulares respecto de las normas de derecho internacional "incorporadas"?	119
§ II.	El Convenio Europeo: principios de su aplicación en el orden jurídico interno	
	<ol> <li>¿ Se integran las disposiciones del Convenio Europeo en el orden jurídico interno?</li> <li>a) Primera solución: exclusión del orden jurídico interno</li> <li>b) Segunda solución: integración en el orden jurídico interno</li> </ol>	123 123 127
	<ul> <li>¿Cuál es la situación de las disposiciones del Convenio Europeo en la jerarquía de las normas del derecho interno?</li> <li>a) ¿ Tiene el Convenio primacía sobre las leyes ordinarias?</li> <li>b) Primacía del Convenio sobre todas las leyes, ordinarias o constitucionales</li> </ul>	129 129 132
	<ul> <li>3. ¿En qué medida pueden los particulares ampararse en las disposiciones del Convenio Europeo ?</li></ul>	133 133 135
§ III	Interpretación de las disposiciones del Convenio en el orden jurídico interno	137
	<ol> <li>Reglas para una buena administración de justicia (artículo 6)</li> <li>Los derechos y libertades garantizados</li></ol>	138 140
	Conclusión	144
	Anexo	146

### **NOTA PRELIMINAR**

1. Los textos constitucionales citados en el presente estudio son los que figuran en las colecciones siguientes:

Anuario de los Derechos Humanos, publicado por la Secretaría de las Naciones Unidas (Nueva York),

- B. Mirkine-Guetzévitch: Les constitutions européennes, París (P.U.F.), 1951,
- A. J. Peaslee: Constitutions of Nations (3 volúmenes), La Haya (M. Nijhoff), 1956.
- 2. Las abreviaturas siguientes han sido utilizadas para referirse a los autores citados con mayor frecuencia:

Louis Caravé: Le droit international public positif, tomo I (2ª edición), París (Pedone), 1961, Caravé Ch. Hyde Charles Cheney Hyde: International Law, tomo II (2ª edición), Boston, 1947, Oppenheim L. Oppenheim: International Law, tomo I (82 edición, revisada por H. Lauterpacht), Londres, 1955, Rousseau Charles Rousseau: Les principes généraux du droit international public, tomo I, París (Pedone), 1944, Scelle. Georges Scelle: Précis de droit des gens, tomo II, París (Sirey), 1934, Sibert Marcel Sibert: Traité de droit international public, tomo II, París (Dalloz), 1951.

3. Las abreviaturas siguientes han sido utilizadas para referirse a las publicaciones periódicas citadas con mayor frecuencia:

Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, tomos II (1960) y III (1961), La Haya (M. Nijhoff),

BGH (S) Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen,

BVG Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,

I. L. R. International Law Reports (Lauterpacht) publicados hasta 1949 con el título Annual Digest, Londres,

Recueil des Cours de l'Académie de droit international, París (hasta 1952) y Leiden (desde 1953).

4. El texto de los artículos del Convenio Europeo y del Protocolo suplementario citados en el presente estudio se reproduce en el Anexo.

5. El señor Michel Virally, professor de las universidades de Estrasburgo y Ginebra, ha tenido la amabilidad de comunicarnos la ponencia hasta ahora inédita del señor Adolf Süsterhenn, L'application de la Convention européenne sur le plan du droit interne, presentada en el Coloquio sobre la protección internacional de los derechos humanos en el marco europeo, celebrado en la Facultad de Derecho de Estrasburgo los días 14 y 15 noviembre de 1960. No es grato expresar al profesor Virally nuestro mayor reconocimiento.

### INTRODUCCIÓN

El Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 por los quince Estados miembros del Consejo de Europa, y el Protocolo suplementario del 20 de marzo de 1952, entraron en vigor el 3 de setiembre de 1953. Hasta la fecha han ratificado el Convenio y el Protocolo catorce Estados; diez de ellos han aceptado que la Comisión Europea de Derechos Humanos entienda de demandas individuales, y ocho han reconocido como obligatoria la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hasta el 31 de diciembre de 1960 la Comisión había recibido casi un millar de demandas y había tomado 715 decisiones; el 1° de julio de 1961 el Tribunal resolvió el fondo del asunto Lawless, el primero de que conoció.2 Desde ahora está, pues, en vías de formación una jurisprudencia internacional sobre el alcance de los derechos y libertades garantizados por el Convenio. Ahora bien, de modo simultáneo, el Convenio y el Protocolo pueden ser invocados ante los tribunales de los catorce Estados que los han ratificado: por consiguiente, están también en formación jurisprudencias nacionales sobre la aplicación de estos textos. Un número considerable de decisiones de principio tomadas por los más altos tribunales en varios de los Estados signatarios ha sido publicado ya en el Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme (tomos II y III) y en los International Law Reports. El estudio de estas jurisprudencias internas y paralelas reviste doble interés: por una parte, da cuenta de las condiciones en que las disposiciones del Convenio penetran en el orden jurídico particular de cada uno de los Estados interesados; por otra, indica cómo interpretan el fondo de estas disposiciones los tribunales de esos Estados y, a este respecto, completa el estudio de la jurisprudencia internacional de la Comisión y el Tribunal Europeos. Como es sabido, está actualmente bajo examen un proyecto de convención interamericana para la protección de los

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Annuaire, III, pág. 92 y ss.: Etat des ratifications, déclarations et réserves au 31 décembre 1960.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Recordemos que en la Revista de la Comisión Internacional de Juristas, volumen III, núm. 2, págs. 122 y ss., figura un análisis del asunto Lawless.

derechos humanos, que se inspira directamente en el modelo europeo. Quizá se elaboren mañana otros proyectos para un marco regional africano. Conviene a los que tienen la responsabilidad de realizar su estudio aprovechar lo más posible la experiencia que efectúan en esta esfera los Estados Miembros del Consejo de Europa, y la aplicación del Convenio en el orden jurídico propio de cada uno de esos Estados es un elemento de esta experiencia.

La cuestión de las condiciones de aplicación del Convenio en el derecho interno de los países signatarios, primer objeto de nuestro estudio, es un caso particular de un problema muy general: el de las relaciones entre el derecho internacional contractual o consuetudinario y el orden jurídico interno. Nos parece indispensable situar en su marco la cuestión que nos ocupa y recordar muy esquemáticamente los elementos esenciales del problema general: éste será el objeto de la primera sección. En la segunda expondremos cuáles son las soluciones del derecho positivo en cuanto a la aplicación de las disposiciones del Convenio en el orden jurídico interno de los Estados signatarios. Por último, dedicaremos una tercera sección al análisis de la jurisprudencia ya elaborada en varios de esos Estados sobre el fondo del Convenio.

### § I. EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL ORDEN JURIDICO INTERNO

Muchas constituciones recientes enuncian el principio de las "reglas de derecho internacional generalmente reconocidas". Limitándonos a los Estados vinculados por el Convenio, citaremos solamente las Constituciones de Austria (artículo 9), Irlanda (artículo 29) e Italia (artículo 10). Algunos autores, entre ellos L. Oppenheim, afirman además que el derecho internacional "forma parte del derecho nacional (municipal law), incluso si no ha sido adoptado expresamente", y que "esta regla es una regla de derecho positivo".3 Las fórmulas de este género se prestan a falsas y graves interpretaciones, pues simplifican de modo abusivo una cuestión en realidad muy compleja. La primacía del derecho internacional sobre el derecho interno es un axioma si sólo se entiende con ello que el Estado ha de ajustarse a este derecho, pero la cuestión estriba precisamente en saber cómo se efectúa la relación entre el orden jurídico internacional y el orden jurídico interno. Como es sabido, respecto a este problema que pone en entredicho las mismas bases del derecho internacional, están enfrentadas dos escuelas doctrinales. Desde fines del siglo pasado, Heinrich Triepel fue el jefe de la escuela dualista de la que construyó la teoría en su obra Völkerrecht

<sup>3</sup> Oppenheim, pág. 44.

und Landesrecht publicada en 1899.4 Para la doctrina dualista, cuyo segundo gran teórico fue Dionisio Anzilotti, el derecho internacional y el derecho interno propio de cada Estado constituyen sistemas enteramente independientes y separados, jamás coincidentes entre sí. A esta posición se opone la de la escuela monista, fundada en una concepción unitaria del conjunto de las normas jurídicas. Por lo demás, la doctrina monista se ha escindido en dos corrientes de las que una da la primacía al derecho interno y la otra al internacional. Los teóricos de esta segunda tendencia afirman que las normas del derecho interno están subordinadas jerárquicamente a las del internacional. Así, a juicio del profesor Hans Kelsen, el sistema unitario y jerarquizado que forma el conjunto de las normas jurídicas deriva de una hypothetische Ursprungsnorm; por lo demás, el Estado no es sino el "punto final de imputación" (Zurechnungspunkt). En opinión de Georges Scelle, que ha construido magistralmente una teoría original del monismo en el segundo volumen de su Précis de droit des gens publicado en 1934, lo primero que debe hacerse es eliminar despiadadamente de la ciencia jurídica un gran número de ficciones, entre ellas las de la "personalidad", la "voluntad" o la "soberanía" del Estado; el derecho positivo sólo vincula a los seres dotados de una voluntad consciente: gobernantes, agentes y gobernados.5

Si buscamos ahora cuáles son en esta materia las soluciones del derecho positivo, advertiremos inmediatamente la relatividad total del derecho positivo que sólo aparece reflejada a través de una pluralidad de sistemas nacionales. Más exactamente, la cuestión se sitúa en una zona de interferencias entre el derecho internacional concebido como una disciplina unitaria y el derecho internacional propio de cada Estado. Para mayor claridad de nuestra exposición, examinaremos la cuestión desde cuatro ángulos: 1) ¿ se integra el derecho internacional en el orden jurídico interno? 2) en caso afirmativo, ¿ cuáles son las condiciones y las modalidades de esta integración? 3) ¿ cuál es la posición del derecho internacional "incorporado" en la jerarquía de las normas del derecho interno? y 4) ¿ cuál es la situación de los individuos respecto de los normas internacionales "incorporadas"?

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> La traducción al francés (por René Brunet) apareció con el título *Droit* international et droit interne, París (Pedone), 1920. Véase también, por el mismo autor, Les rapports entre le droit international et le droit interne, Recueil 1923, págs. 77 y ss.
<sup>5</sup> Scelle, pág. 345.

## 1. ¿ Se integra el derecho internacional en el orden jurídico interno?

La respuesta de los partidarios de la escuela dualista es evidentemente negativa: uno v otro están situados en planos distintos. Para Triepel, los dos sistemas se distinguen por las fuentes de que derivan y por las relaciones sociales que regulan; el derecho internacional dimana de la voluntad común de dos o más Estados y se aplica a las relaciones recíprocas de Estados iguales y soberanos; el derecho interno dimana de la sola voluntad de un Estado y se aplica a sus relaciones con sus súbditos y a las relaciones recíprocas de éstos.<sup>6</sup> Para Anzilotti, "las normas internacionales no pueden influir sobre el carácter obligatorio de las normas internas y viceversa".7 Para uno y otro, cuando una regla de derecho internacional pasa al derecho interno, ello no ocurre, sean cuales fueren las apariencias, por efecto de un automatismo o de una recepción pasiva, sino por efecto de una novación que modifica enteramente su naturaleza. En sí mismo el derecho internacional crea obligaciones de Estado a Estado, y nada más. La solución defendida por la escuela monista es diametralmente opuesta. Para Georges Scelle. el derecho internacional consuetudinario y contractual penetra de plano en el orden jurídico interno sin que sea necesario ningún acto formal de "recepción" o de "introducción para darle fuerza obligatoria, y deroga de pleno derecho las reglas de derecho interno que sean incompatibles con él." 8

Sería inútil proseguir el examen de la cuestión en el plano teórico. Las soluciones del derecho positivo se advertirán más claramente si hacemos una primera distinción entre el derecho consuetudinario y el contractual.

## a) El derecho internacional consuetudinario

Las constituciones más recientes tienden a reconocer las reglas del derecho internacional consuetudinario como parte integrante del derecho interno. Esta solución ha tenido plena consagración en las Constituciones de la República Federal de Alemania (artículo 25), Austria (artículo 9) e Italia (artículo 10). Es igualmente la solución aceptada en el Reino Unido en virtud de una larga tradición que remonta a Blackstone y que se expresa en el aforismo International Law is held to be a part of the law of the land. Carece de interés argüir, como hacen algunos teóricos dualistas, si esta incorporación del derecho internacional en el derecho interno es real

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Triepel, Recueil 1923, págs. 77 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> D. Anzilotti, Cours de droit international, tomo I (traducción al francés por Gilbert Gidel), París, 1929; págs, 50 y ss.

<sup>8</sup> Scelle, pág. 349.

o sólo aparente y sì, en el caso particular del derecho inglés, no debe ser aceptada previamente (adopted) por el Common Law.9 Lo importante es que la regla existe. El profesor Paul de Visscher, en un curso sobre Les Tendances internationales des constitutions modernes dictado en 1952 en la Academia de Derecho Internacional. no teme afirmar que actualmente esta regla es de hecho común a todos los países.10

#### b) El derecho internacional contractual

En este segundo aspecto de la cuestión que concierne más directamente al objeto de nuestro estudio, las soluciones del derecho positivo son mucho más matizadas.

Las constituciones de algunos Estados aceptan la incorporación inmediata en el derecho interno de las disposiciones de los tratados, lo mismo que la de los principios tradicionales del derecho internacional. Así, según la Constitución federal de los Estados Unidos (artículo VI, párrafo 2): "La presente Constitución y las leves federales . . ., así como los tratados ya concertados o que sean concertados por el Gobierno de los Estados Unidos, constituirán la lev suprema del país (shall be the supreme Law of the Land)". Las Constituciones francesas de 1946 (artículo 26) y de 1958 (artículo 55) enuncian una solución idéntica. La mayoría de las constituciones europeas no resuelve formalmente la cuestión.

La tradición constitucional del Reino Unido exige, en cambio, que las disposiciones de los tratados sean recogidas en una ley del Parlamento antes de surtir efecto en el orden jurídico interno.11 Más adelante volveremos sobre esta cuestión, importante para el tema que nos ocupa. Notemos que en el derecho inglés un tratado es por sí mismo inoperante para modificar o completar la ley consuetudinaria o escrita.

Notemos igualmente que en los Estados, como los Estados Unidos o Francia, que son los más liberalmente abiertos a la introducción en su orden jurídico interno del derecho internacional contractual, esta incorporación no deja por ello de estar sujeta a la observancia de determinadas formas. El mismo Georges Scelle debe reconocer que la sustitución inmediata e incondicional de la norma interestatal a la norma interna, solución que defiende en el mero terreno de la lógica, no está conforme con el derecho positivo francés y que, desde el punto de vista práctico, reviste verdadero interés consignar la entrada de la norma interestatal en el orden iurídico interno. 12 Esta observación nos lleva a estudiar la segunda cuestión.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Triepel, Recueil 1923, pág. 89.

 <sup>10</sup> Recueil 1952, I, págs. 523 a 525.
 11 Oppenheim, pág. 39.
 12 Scelle, pág. 353.

## 2. ¿ Cuáles son las condiciones y las modalidades de la integración del derecho internacional en el orden jurídico interno?

Puntualicemos que sólo se trata aquí del derecho contractual, de hecho de las disposiciones de los tratados, dado que la integración automática del derecho consuetudinario es, como hemos visto, una regla comúnmente aceptada. Trataremos muy rápidamente de esta cuestión, reservando para un estudio más a fondo, desde el ángulo concreto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el caso de los países cuya constitución deja la cuestión pendiente y el de aquellos cuya tradición constitucional exige que el contenido del tratado sea recogido en una ley interna. Queremos sólo señalar como enteramente característica la solución del derecho francés. Bajo el régimen de la Constitución de 1875, los tratados - una vez firmados y ratificados - debían ser además promulgados por el jefe del Estado, y en el terreno doctrinal se discutía si esta promulgación era o no una consagración de la tesis dualista, si suponía o no novación. 13 Hoy día este debate carece de objeto. La Constitución de 1946 (artículo 26) y la de 1958 (artículo 55) han suprimido la formalidad de la promulgación para exigir solamente que los tratados sean publicados antes de tener fuerza de ley. El derecho constitucional estadounidense hace uso de una solución afín al subordinar la entrada en vigor de los tratados a una "proclamación" por el presidente de los Estados Unidos. El derecho constitucional suizo prevé igualmente la simple publicación de las convenciones diplomáticas como condición de su entrada en el orden jurídico interno, y el profesor Paul Guggenheim subrava que esta publicación sólo tiene un alcance declaratorio y no constitutivo.14

# 3. ¿Cuál es la posición de las normas "incorporadas" en la jerarquía de las normas del derecho interno?

Limitándonos aquí por el momento al caso de una regla de derecho internacional contractual, suponemos que ha sido incorporada según las formas apropiadas en el orden jurídico interno. Una fórmula que goza de favor en la jurisprudencia francesa dice que los tratados, una vez ratificados y publicados, tienen "fuerza de ley". Esta fórmula es ambigua pues en Francia, como en otros países, el orden jurídico interno constituye un conjunto jerarquizado

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Véase, por A. Mestre, Les traités et le droit interne, Recueil 1931, IV, págs. 254 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> P. Guggenheim, Traité de droit international public, tomo I, págs. 33 a 35, Ginebra. 1953.

de normas, y la cuestión estriba precisamente en saber en qué rango de esta jerarquía se sitúan los tratados.

He aquí, en primer lugar, dos observaciones preliminares.

1. Entendamos bien el sentido de la jerarquía de las reglas jurídicas. En breves palabras, esto significa que una regla no puede ser modificada o derogada sino por una regla de rango igual o superior. En el caso de un tratado que se inserta en el orden jurídico interno de un Estado determinado, ¿ puede este tratado modificar o derogar ciertas normas internas ? ¿ Pueden sus disposiciones ser modificadas o derogadas por otras normas internas ?

2. En el marco de la doctrina dualista, la cuestión queda inmediatamente resuelta. La regla de derecho internacional sólo es válida después de haber sido recogida por una regla de derecho interna. Por consiguiente, ésta podrá ser confirmada, derogada o modificada del mismo modo y en las mismas condiciones que cualquier otra norma del derecho interno. Así ocurre en los sistemas jurídicos, como el del Reino Unido, en el que las disposiciones de los tratados sólo pasan al orden jurídico interno por el conducto de una ley del Parlamento: es evidente que una ley de esta clase tendrá, ni más ni menos, igual autoridad que cualquier otra ley

Los teóricos del monismo afirman evidentemente la primacía del derecho internacional contractual o consuetudinario sobre todas las leves internas, incluso las constitucionales. Georges Scelle no vacila en declarar que, en caso de conflicto entre las disposiciones de un tratado y las de la constitución, éstas deben ser consideradas como derogadas ipso facto. 15 Este punto de vista está lejos de ser puramente doctrinal, pues es muy generalmente el de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, del Tribunal Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia. Sólo podemos remitirnos a las obras que contienen una relación completa de las sentencias arbitrales, dictámenes consultivos y decisiones en los que se enuncia la primacía de las disposiciones de los tratados sobre las de las leves ordinarias o constitucionales.<sup>16</sup> Recordaremos sólo los términos frecuentemente citados de la decisión núm. 7 del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, tomada el 25 de mayo de 1926 (asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca): "En relación con el derecho internacional y con el Tribunal del que éste es órgano, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados, lo mismo que las decisiones judiciales o las medidas administrativas".17

del Parlamento.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Scelle, pág. 356.

<sup>Véanse en particular Rousseau, págs. 418 y 419, y Cavaré, págs. 162 a 166.
Serie A, núm. 7, pág. 19.</sup> 

Ahora bien, no podemos limitarnos al solo punto de vista del derecho internacional "en sí", ni dispensarnos de estudiar su refracción a través de los diversos sistemas constitucionales, que están lejos de concordar. En su estudio ya citado, el profesor Paul de Visscher clasifica estos sistemas en cuatro grupos. 18

1. El primer sistema sitúa el tratado en el mismo plano que la ley ordinaria. Este es el sistema del derecho constitucional estadounidense. Interpretando las disposiciones ya citadas del artículo VI (párrafo 2) de la Constitución federal, la jurisprudencia sitúa los tratados en el rango de las leyes ordinarias de los *Estados*, pero declara que las federales tienen prelación sobre el derecho internacional contractual y consuetudinario y en caso de duda los tribunales se esfuerzan por interpretar los tratados en un sentido que

permita conciliarlos con la legislación nacional. 19

2. El segundo sistema sitúa al tratado por encima de la ley ordinaria, pero la ausencia de una fiscalización judicial de la validez de las leyes priva al principio de parte de su alcance práctico. Es la solución del derecho francés desde la Constitución de 1946 (artículo 26). Ha sido confirmada en términos muy netos por la Constitución de 1958 (artículo 55): "Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes". En caso de conflicto entre las disposiciones de un tratado y las de una ley de fecha anterior, una jurisprudencia constante aplica las disposiciones del tratado. Qué ocurre si la ley es posterior al tratado? La jurisprudencia titubea; parece que los tribunales, si no pueden conciliar las disposiciones en conflicto, tienden a aplicar la ley interna, tan grande es su renuencia a ejercer cualquier forma de fiscalización sobre la validez de los actos legislativos. <sup>21</sup>

- 3. El tercer sistema sitúa igualmente al tratado encima de la ley ordinaria y la existencia de una fiscalización constitucional de la validez de las leyes daría al principio plena eficacia. Esta es en apariencia la solución aplicada por las Constituciones de la República Federal de Alemania (artículo 100, párrafo 2) y de Austria (artículo 145). Dado que la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos hace referencia directa a estas disposiciones, las estudiaremos en la sección II; según veremos, su interpretación es en realidad objeto de muchas controversias.
- 4. Por último, el cuarto sistema, cuyo único ejemplo parece ser actualmente el de la Constitución de los Países Bajos en su

19 Oppenheim, pág. 42; Ch. Hyde, pág. 1463.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Recueil 1952, I, págs. 563 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Véanse las decisiones más recientes examinadas en el Annuaire français de droit international, 1960, pág. 1027.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Véanse las muchas decisiones examinadas en Rousseau, págs. 419 a 424, y Sibert, págs. 246 y 247.

redacción más reciente de 11 de setiembre de 1956 (artículos 63 y 66), sitúa al tratado en un rango superior al de toda la legislación interna, ordinaria o constitucional. Según las estipulaciones del artículo 66: "Las leyes vigentes en el Reino no serán aplicadas cuando su aplicación sea incompatible con las disposiciones de los acuerdos internacionales que tengan fuerza obligatoria para toda persona, háyanse o no concertados estos acuerdos después de la aprobación de tales leyes." Así, el tratado prevalece sobre la ley ordinaria, tanto si ésta es anterior como posterior. Según lo dispuesto en el artículo 63: "Cuando el desarrollo del orden jurídico internacional lo haga necesario, un acuerdo internacional podrá dejar sin efecto las disposiciones de la Constitución". Así, el tratado puede prevalecer sobre la Constitución, a reserva de que sea ratificado por las Cámaras por mayoría calificada.

## 4) ¿ Cuál es la situación de los individuos respecto de las normas de derecho internacional "incorporadas"?

No hay duda de que los gobernantes de un Estado parte en un tratado ratificado regularmente están vinculados por sus disposiciones y pueden tener la obligación en estas circunstancias de "introducir en la legislación las modificaciones necesarias para garantizar la ejecución de los compromisos contraídos". Están vinculados con respecto a los gobernantes de los demás Estados contratantes y su omisión eventual será sancionada según las reglas del derecho internacional sobre la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, en el mismo territorio del Estado, ¿pueden los gobernados ampararse en las disposiciones del tratado? En particular, ¿ pueden invocarlas en su beneficio ante los tribunales? Notemos que esta cuestión es enteramente distinta de la examinada antes, relativa al principio y a las modalidades de la incorporación en el orden jurídico interno de las normas internacionales. Por el hecho de que las disposiciones de un tratado hayan pasado al derecho interno, no se deduce necesariamente que los individuos puedan ampararse en ellas.

A juicio de los teóricos de la escuela dualista, la respuesta es perfectamente clara: el Estado es el único sujeto del derecho internacional; los derechos y obligaciones que derivan de los tratados se refieren al grupo social tomado su conjunto y sólo se aplican a la "persona" del Estado. Triepel dice: "Jamás y en ningún respecto están (los particulares) regidos por las normas del derecho internacional. Este no les reconoce derechos de ningún género ni les dicta orden ni prohibición alguna".<sup>23</sup> Durante mucho tiempo, la

Tribunal Permanente de Justicia Internacional, dictamen consultivo núm. 10,
 Serie B, núm. 10, pág. 20.
 Droit international et droit interne, pág. 252.

teoría dualista ha inspirado la jurisprudencia, no sólo en Inglaterra donde la solución derivaba con plena lógica de la no penetración de las normas contractuales en el orden jurídico interno, sino también en Austria, Alemania e incluso en Francia donde los tribunales declaraban por otra parte que los tratados tenían "fuerza de ley", lo que indica claramente que se trata de dos cuestiones distintas. Por su parte, la jurisprudencia internacional titubeaba.<sup>24</sup>

Se han mencionado como primeros indicios de un viraje en la jurisprudencia interna de los países de la Europa continental dos sentencias del Reichsgericht de fechas 29 de noviembre de 1927 y 28 de marzo de 1928 y una sentencia de la Audiencia de Amsterdam de fecha 13 de marzo de 1928; esta última decisión decía muy claramente que el Tratado de Lausana versaba de modo directo sobre los derechos e intereses de los naturales de los Estados contratantes y que dichos naturales estaban obligados por sus disposiciones.<sup>25</sup> Ahora bien, marcó un hito decisivo en la jurisprudencia internacional el célebre dictamen consultivo núm. 15 emitido el 3 de marzo de 1928 por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional acerca de la competencia de los tribunales de Danzig. 26 Se trataba de saber si el personal de los ferrocarriles de Danzig transferido a la administración polaca podía ampararse ante los tribunales, en apoyo de ciertas reivindicaciones pecuniarias, en las disposiciones de un acuerdo entre Danzig y Polonia denominado Beamtenabkommen. El Tribunal declaró: "¿ Forma parte el Beamtenabkommen del conjunto de disposiciones que regulan las relaciones jurídicas entre la administración de los ferrocarriles polaca y los funcionarios de Danzig transferidos a su servicio? La respuesta depende de la intención de las partes contratantes... No cabe discutir que el objeto de un acuerdo internacional, según la intención de las partes contratantes, sea la adopción por ellas de reglas determinadas que creen derechos y obligaciones para los particulares y puedan ser aplicadas por los tribunales nacionales. Puede establecerse que ésta ha sido la intención en el caso presente haciendo referencia a las disposiciones del Beamtenabkommen." La intención de las partes, es decir, de los gobernantes de los Estados signatarios, de crear derechos y obligaciones para los particulares: éste es el hilo conductor que guiará en adelante a la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia y que nos guiará también en la sección II de este estudio. Esta nueva orientación, que reconoce al particular la calidad de sujeto del derecho internacional y le confiere por lo menos la posibilidad de ampararse directa y personalmente en sus

<sup>25</sup> Annual Digest, 1927-8, núm. 285, pág. 415.

<sup>26</sup> Serie B, núm. 15, pág. 17.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Véanse las muchas decisiones examinadas por Rousseau, págs. 431 a 434, y Sibert, págs. 264 a 266.

disposiciones, se traduce en la Constitución de la República Federal de Alemania en la cláusula del artículo 25 según la cual las reglas del derecho internacional"... dan directamente origen a derechos

v obligaciones para los habitantes del territorio federal."

Por consiguiente, no puede definirse el derecho de los individuos a ampararse en las disposiciones de los tratados mediante una fórmula uniforme. Cada caso es distinto. Sería imprudente decir, como la Constitución alemana parece dejarlo entender, que un tratado crea siempre derechos y obligaciones directamente aplicables a los particulares, pero puede crearlos. ¿ En qué caso se logrará este resultado? Según lo que parece ser la posición dominante en el derecho internacional actual, han de tenerse presentes dos elementos.

- 1. El primer elemento es, según los términos utilizados en el dictamen consultivo núm. 15, la intención de las partes contratantes. Esta intención se desprenderá en general de las disposiciones intrínsecas del tratado y, ante todo, de su objeto. Es poco verosímil que un pacto de alianza militar o política tenga un efecto directo sobre las circunstancias individuales. En cambio, una rectificación contractual de frontera puede afectar a intereses privados. Con mayor motivo un convenio internacional sobre la nacionalidad, los derechos de los extranjeros, el estado civil de las personas o la propiedad industrial o literaria crea reglas de derecho destinadas manifiestamente más a los gobernantes que a los gobernados.
- 2. El segundo elemento debe buscarse, no sólo en las disposiciones intrínsecas del tratado (y es a este respecto que deberá tenerse principalmente en cuenta su redacción), sino también en las estructuras de recepción de los Estados signatarios. Para que un tratado pueda aplicarse directamente a los particulares v pueda ser invocado por éstos de la misma manera que una ley interna, es necesario, por una parte, que sus disposiciones sean bastante completas y precisas y, por otra, que las instituciones del Estado signatario permitan su aplicación inmediata. Bajo esta doble condición el tratado será, según la terminología habitual procedente del derecho inglés, self executing y la cuestión de saber si un tratado determinado responde a ella es evidentemente una cuestión específica que se deja a la apreciación de los tribunales.<sup>27</sup> Las tendencias muy liberales de la jurisprudencia más reciente de muchos países confirman la decadencia de la doctrina dualista: no se discute más si el individuo puede ser sujeto de derecho internacional y puede ampararse en las disposiciones de un tratado, siempre que éstas se presten a una aplicación inmediata. Como es sabido, en el célebre asunto Sei Fujii un tribunal de apelación de California consideró que los artículos 1, 2 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas eran self

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Ch. Hyde, págs. 1462 y ss.

executing y que un súbdito japonés podía invocarlos para impugnar la validez de una ley que prohibía a ciertas categorías de extranieros la adquisición de bienes inmuebles.<sup>28</sup> Ante el Consejo de Estado francés un demandante ha impugnado recientemente una decisión de la administración que se negaba a prorrogar la validez de su pasaporte, fundándose en la Declaración Universal de Derechos Humanos; puede deducirse a contrario de los considerandos del fallo que ha desestimado el recurso que, si el texto aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 hubiera tenido la forma de un pacto firmado y ratificado por Francia, el demandante hubiese tenido muchas posibilidades de conseguir su objetivo.<sup>29</sup> Notemos que un tratado puede ser muy bien self executing en un país signatario y no en otro, dado que este carácter depende de dos condiciones, una interna y la otra externa al documento. Por completas y precisas que sean las disposiciones de un convenio, es posible que las instituciones de un Estado no se presten a su aplicación inmediata; en este caso el convenio sólo surtirá efecto en relación con los gobernantes, que tendrán la obligación de realizar las adaptaciones necesarias. Veremos en la sección II en qué medida puede considerarse a este respecto como self executing el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La terminología jurídica francesa no parece haber fijado una traducción comúnmente aceptada de las palabras self executing. Proponemos la expresión susceptible d'application immédiate (que puede ser objeto de aplicación inmediata); la palabra inmediata se entiende en su sentido más literal: sin intermediario.

### § II. EL CONVENIO EUROPEO: PRINCIPIOS DE SU APLICACION EN EL ORDEN JURIDICO INTERNO

Quizá parezca que las explicaciones precedentes nos han llevado en ocasiones muy lejos del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Seguímos creyendo que eran necesarias, pues son el telón de fondo en el que se perfilarán inmediata y claramente las circunstancias propias del Convenio Europeo.

Procedamos a un rápido balance de los puntos que han de estudiarse y de la documentación disponible. Catorce Estados han ratificado el Convenio Europeo y el Protocolo suplementario. La cuestión estriba en saber, respecto a cada uno de esos Estados: 1) si las disposiciones del Convenio y del Protocolo han sido incorporadas al orden jurídico interno y 2) en caso afirmativo, cuáles

 <sup>&</sup>lt;sup>28</sup> American Journal of International Law, 1950, pág. 590, y 1952, pág. 559.
 <sup>29</sup> Consejo de Estado, 11 de mayo de 1960, Sieur Car, Journal du droit international (Clunet), 1961, pág. 404, nota de R. Pinto.

son las condiciones y las consecuencias de esta integración. Buscaremos una respuesta en los textos constitucionales y legislativos, en las deliberaciones parlamentarias y en la jurisprudencia de los tribunales. Ahora bien, nuestras fuentes de información y principalmente el Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme (tomos II v III) v los International Law Reports nos informan acerca de las soluciones adoptadas en sólo nueve de los Estados vinculados por el Convenio: República Federal de Alemania, Austria, Bélgica, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Países Bajos y Reino Unido. La cuestión no parece haber sido todavía discutida ante el parlamento ni ante los tribunales de los otros cinco Estados: Dinamarca, Luxemburgo, Noruega, Suecia y Turquía. Por otra parte, las Constituciones de estos cinco Estados no contienen ninguna decisión que permita dar una respuesta decisiva. Nos limitaremos, pues, a exponer las soluciones del derecho positivo en los nueve países enumerados antes y nos abstendremos de toda conjetura sobre las soluciones que cabe prever de los otros cinco países. Dividiremos el examen de la cuestión como lo hicimos en la sección I, con la excepción de que los puntos 1) y 2) podrán agruparse si ello no perjudica la claridad del examen: estudiaremos en este orden sus diferentes aspectos.

# 1. ¿ Se integran las disposiciones del Convenio Europeo en el orden jurídico interno?

La respuesta es negativa para tres Estados, afirmativa para los otros seis.

## a) Primera solución: exclusión del orden jurídico interno

1. Comenzaremos por el caso más sencillo: el de *Irlanda*. La solución se funda en la tradición "dualista" del derecho inglés, en un texto constitucional formal y en una sentencia del Tribunal

Supremo.

El artículo 29 de la Constitución irlandesa de 1° de julio de 1937 declara: "3) Irlanda acepta los principios de derecho internacional reconocidos generalmente como reglas de conducta para sus relaciones con los demás Estados... 6) Ningún acuerdo internacional formará parte de la ley interna del Estado, salvo en los casos determinados por el Parlamento (Oireachtas)". Es la traducción en forma escrita de la tradición constitucional inglesa que hemos descrito esquemáticamente: adopción del derecho internacional consuetudinario como "ley del país"; exclusión del derecho internacional contractual mientras no haya quedado contenido en el molde de una ley interna. El día en que el Tribunal recibió, por el conducto de un procedimiento de habeas corpus, un recurso fundado en la

violación de los artículos 1, 5 y 6 del Convenio, no tuvo otra posibilidad que la de rechazarlo, en vista de que las disposiciones del Convenio no habían sido incorporadas en una ley irlandesa. El caso concreto en que se tomó esta decisión de principio fue precisamente el célebre asunto G. R. Lawless, que se hallaba entonces en su fase inicial y que debía llegar a su término cuatro años más tarde ante el Tribunal Europeo de Estrasburgo.<sup>30</sup> Recordemos que, el 12 de julio de 1957. Lawless había sido objeto de una medida de detención gubernativa por sospecharse que pertenecía a una organización armada, clandestina e ilegal; así se hizo en virtud de la Ley de 1940 sobre la seguridad del Estado. Lawless entabló un procedimiento de habeas corpus que llegó en definitiva al Tribunal Supremo. Además de muchos otros fundamentos, hacía valer que la disposición legislativa invocada a su respecto era contraria a los artículos 1, 5 (párr. 1) y 6 del Convenio Europeo y que el Gobierno de Irlanda estaba vinculado por este Convenio. El Tribunal decidió la cuestión en su sentencia de 3 de diciembre de 1957.31 En cuanto al fundamento antes indicado, el Tribunal recordó el carácter rígido de la Constitución irlandesa y las estipulaciones del párrafo 6) del artículo 29 y declaró:

El Oireachtas no ha decidido que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales pasara a formar parte de la legislación interna del Estado; por consiguiente, el Tribunal no puede hacer ejecutar el Convenio si éste es contrario a la legislación interna o tiende a conferir derechos o a imponer obligaciones que completan los previstos en dicha legislación. Ningún argumento puede prevalecer sobre la cláusula imperativa del párrafo 6 del artículo 29 de la Constitución al modo de ver de los magistrados que tienen expresamente el deber de mantener la Constitución y las leyes. En consecuencia, el Tribunal no puede aceptar la idea de que la primacía de la legislación interna ha quedado eliminada por el hecho de que el Estado sea parte en el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Por consiguiente, el Tribunal rechazó la demanda de Lawless, a quien no le restó entonces otra posibilidad que la de probar suerte ante las autoridades europeas.

2. Una solución identica ha sido adoptada en *Islandia*, por un fallo del Tribunal municipal de Reykjavik de fecha 28 de junio de 1960.<sup>32</sup> Un contribuyente pedía la anulación de una decisión del fisco, que le había exigido el pago de un gravamen en aplicación de

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Revista de la Comisión Internacional de Juristas, volumen III, núm. 2, págs. 122 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Annuaire, II, pág. 608; I. L. R., 1957, pág. 420. En la sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda, el nombre del demandante se cita según la grafía irlandesa: O' Laighleis.

<sup>32</sup> Annuaire, III, pág. 642.

una ley de 1957 que instituía un impuesto sobre las grandes propiedades rurales, y sostenía que esta ley era incompatible con las disposiciones del Convenio Europeo. Si bien no pudo motivar su decisión, como en el caso precedente, por un texto constitucional formal, el Tribunal rechazó la demanda. El Tribunal reconoció que el Convenio Europeo había sido firmado y ratificado por Islandia, pero declaró:

Sin embargo, este Convenio no tiene fuerza de ley en el país, ni con el carácter de ley general ni con el de ley constitucional. En estas condiciones, el demandante no puede fundar sus conclusiones ante el Tribunal en dicho Convenio y alegar que éste le otorga el derecho de que no se le apliquen las disposiciones fiscales de la ley núm. 44/1957.

Notemos que otro contribuyente había interpuesto un recurso contra la misma Ley ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, que lo rechazó por decisión del 20 de diciembre de 1960.<sup>33</sup>

3. Por último, no hay ninguna duda de que esta solución es la del derecho positivo del *Reino Unido*. Sin duda, no existe todavía, por lo menos que nosotros sepamos, ninguna decisión de jurisprudencia a este respecto. No hay, por supuesto, ningún texto constitucional. Pero podemos fundar con toda seguridad nuestra afirmación, por una parte, en una tradición constitucional muy firme y, por otra, en la posición adoptada por el Gobierno británico ante el Parlamento.

Hemos expuesto ya la tradición constitucional. El principio es que incumbe al Gobierno, y a él solamente, pronunciarse acerca de la ejecución de sus obligaciones internacionales; le incumbe, si lo estima oportuno y cuando lo juzgue oportuno, pedir al Parlamento que apruebe una ley que transformará la norma internacional en regla jurídica interna. En cuanto al tratado, sólo concierne a los gobernantes. Es el dualismo en toda su pureza. Interesa hacer notar que, entre muchos otros aspectos del derecho constitucional inglés, éste ha sido traspuesto en forma escrita en la Constitución de la India. La parte IV de esta Constitución versa sobre los "Principios rectores de la política general del Estado". Contiene un artículo (el 51) sobre las relaciones internacionales, según el cual el Estado debe, en particular, "respetar el derecho internacional y las obligaciones derivadas de los tratados". Pero contiene también otro artículo (el 37) que dice en sustancia: los principios expuestos en la parte IV son fundamentales, deben orientar el gobierno del país, el Estado tiene el deber de respetarlos..., pero ningún tribunal puede imponerle su aplicación.34

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Annuaire, III, pág. 394 (demanda núm. 511/59).

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Véase a este respecto, por H. Mosler, L'application du droit international public par les tribunaux nationaux, Recueil 1957, I, págs. 636 y ss.

Por otra parte, el portavoz del Gobierno británico ha expresado con mucho vigor en dos ocasiones, ante la Cámara de los Comunes, su voluntad de no apartarse de esta tradición. El debate tenía por objeto el reconocimiento por el Reino Unido de la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos en materia de demandas individuales que el artículo 25 del Convenio deja a la discreción de los Estados signatarios. El 26 de noviembre de 1958, en respuesta a una pregunta oral del señor Brockway, el subsecretario de Estado para los Asuntos Exteriores, señor D. Ormsby-Gore, declaró: "El Gobierno de Su Majestad se ha negado siempre a reconocer el derecho de recurso individual porque considera que los Estados son los verdaderos sujetos del derecho internacional y que, si se otorgan derechos a los particulares en virtud de tratados internacionales, la puesta en práctica de estos derechos debe dejarse a la legislación nacional de los Estados interesados... Cuando un Estado pasa a ser parte en un convenio, vela por que las leyes se ajusten al convenio y los casos individuales son juzgados entonces en armonía con la legislación nacional". El 25 de junio de 1959, el señor Elwyn Jones trató valientemente de remontar la corriente e instó al Gobierno a reconocer el derecho de recurso individual; subravó que actualmente el particular era reconocido casi por unanimidad como sujeto de derecho internacional y que, si se le negaba la posibilidad de dirigirse directamente a la Comisión, se privaba al Convenio de gran parte de su alcance. Contestando en nombre del Gobierno, el señor Allan mantuvo integramente su posición y declaró en particular: "Ha quedado siempre entendido que el Gobierno británico no aceptaría el derecho de recurso individual y esta convicción está enteramente conforme con el convencimiento de que la presentación de las demandas incumbe a los Estados... Las obligaciones asumidas por el hecho de ser parte en el Convenio incumben al Gobierno, y éste tiene el propósito de cumplirlas".35

El único efecto del Convenio Europeo, en los tres Estados signatarios que acaban de mencionarse, será pues obligar a los gobernantes a adaptar sus legislaciones nacionales respectivas: obligación sin más demora o sanción que la muy improbable exigencia de responsabilidad al Estado refractario por los demás Estados contratantes. Recordemos, por otra parte, que el artículo 57 del Convenio obliga a cada una de las partes a facilitar, previa petición, al secretario general del Consejo de Europa "las explicaciones necesarias sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de todas las disposiciones de este Convenio". Un ejemplo interesante de esta adaptación del derecho interno ha sido dado por uno de los Estados que todavía no han tomado posición sobre la cuestión de principio, esto es, Noruega. El artículo 2

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Annuaire, II, págs. 546 y ss.

de la Constitución noruega, tras decir que la religión evangélica luterana seguía siendo la religión oficial del Estado, declaraba ex abrupto: "Los jesuitas no serán tolerados". Al ratificar el Convenio, el Gobierno noruego había creído necesario formular reservas acerca del artículo 9 que enuncia la libertad de religión en sus diversos aspectos. Más tarde, el Parlamento noruego se puso enteramente en regla al aprobar la Ley de 1° de noviembre de 1956 que eliminó de la Constitución esta disposición poco conforme con la libertad de cultos y en todo caso poco cortés hacia los por ella afectados.<sup>36</sup>

#### b) Segunda solución: integración en el orden jurídico interno

- 1. Parece que esta solución es la del derecho positivo actual de Italia, pese a no haber sido todavía aceptado, que nosotros sepamos, por ninguna decisión de jurisprudencia: se desprende de los trabajos preparatorios y del texto de la Ley de ratificación, cuyo artículo 2 dice que "se dará plena y entera ejecución" a las disposiciones del Convenio y del Protocolo.<sup>87</sup>
- 2. En cuanto a los otros cinco países comprendidos en este grupo (República Federal de Alemania, Austria, Bélgica, Grecia y los Países Bajos), una jurisprudencia ya importante y siempre constante de los tribunales nacionales nos permite afirmar sin ninguna vacilación que las disposiciones del Convenio Europeo y del Protocolo suplementario son consideradas como parte integrante del derecho interno.

En la mayoría de los casos, esta solución se desprende del hecho de que el tribunal, al recibir una demanda fundada en una o varias de estas disposiciones, trata inmediatamente de definir el sentido y el alcance del texto invocado, resolviendo implícitamente en forma afirmativa la cuestión previa de su aplicabilidad. Así, todas las decisiones de jurisprudencia que se analizarán más adelante son respuestas afirmativas a esta cuestión de principio. Nos limitaremos por el momento a citar dos decisiones que abordan el problema de frente y le dan una solución explícita.

La primera es una decisión tomada en *Alemania*. Según el artículo 59 de la Constitución alemana, el presidente de la Federación negocia los tratados; éstos, cuando están destinados a vincular a la Federación en su conjunto, han de ser ratificados acto seguido por el Parlamento federal en las formas previstas para la aprobación de la legislación federal. La Constitución no prevé otra condición para la puesta en práctica de los tratados. El Convenio Europeo ha

européenne sur le plan du droit interne, pág. 310.

 <sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Anuario de los Derechos Humanos (publicado por la Secretaría de las Naciones Unidas), 1956, pág. 175 de la edición francesa.
 <sup>37</sup> Véase en este sentido, por A. Süsterhenn, L'application de la Convention

seguido las etapas de este procedimiento. La cuestión del efecto de su ratificación sobre el derecho interno alemán fue planteada por primera vez ante el Tribunal Administrativo Superior de Münster, con ocasión de un caso que analizaremos más adelante. El Tribunal resolvió la cuestión en términos muy claros por sentencia del 25 de noviembre de 1955. Balanteó primero el problema del modo siguiente:

... Conviene examinar si las disposiciones del Convenio son de derecho positivo y son aplicables por los tribunales alemanes, o si implican solamente el compromiso contraído por la República Federal de Alemania de poner su derecho interno en armonía con las disposiciones del Convenio. La jurisprudencia no ha resuelto todavía esta cuestión...

El Tribunal expuso seguidamente las diversas posiciones adoptadas por los autores. No olvidemos que el derecho alemán, profundamente influído por Heinrich Triepel, fue durante mucho tiempo uno de los bastiones del dualismo y que las disposiciones de la Constitución de 1949 están lejos de ser explícitas. Por consiguiente, las cartas no estaban echadas ni mucho menos. Sin embargo, el Tribunal de Münster se pronunció en un sentido diametralmente opuesto a la tradición dualista:

El Tribunal considera... que el artículo 2 de la Ley por la que se aprueba la ratificación no es solamente una ley formal... sino además una ley en el sentido material del término. De ello se desprende que el Convenio ha pasado a ser un texto de derecho interno y forma parte, pues, del derecho positivo directamente aplicable.

Desde entonces la jurisprudencia alemana no se ha apartado de esta posición y, como veremos en la sección III, es la que está en vanguardia en cuanto al número de decisiones tomadas sobre el fondo de las disposiciones del Convenio.

La segunda decisión de principio fue tomada en Austria. Este país sólo ratificó el Convenio y el Protocolo en setiembre de 1958. Según el párrafo 1 del artículo 49 y el párrafo 1 del artículo 50 de la Constitución, los tratados deben ser ratificados por el Consejo Nacional (Nationalrat) y deben ser publicados por orden del canciller federal en el boletín oficial de la Federación (Bundesgesetzblatt). ¿ Pasan sus disposiciones por este hecho al orden jurídico interno? La cuestión fue planteada en relación con el Convenio Europeo ante el Tribunal Constitucional, que decidió en sentido afirmativo en una decisión de fecha 27 de junio de 1960:<sup>39</sup>

A raíz de su aprobación por el Consejo Nacional... y de su publicación en el boletín oficial federal..., el Convenio ha adquirido la calidad de fuente de derecho como disposición equivalente a una ley federal y su fuerza obligatoria en derecho interno no es discutible.

39 Annuaire, III, pág. 616.

<sup>38</sup> Annuaire, II, pág. 572; I.L.R., 1955, pág. 608.

Nos falta precisar cuáles son, desde los dos puntos de vista ya indicados, las consecuencias de la entrada en el orden jurídico interno de las disposiciones del Convenio y del Protocolo. Huelga decir que, en lo que resta de nuestro estudio, sólo nos referiremos a los seis Estados en que esta incorporación en el derecho interno ha sido reconocida explícita o implícitamente.

# 2. ¿ Cuál es la situación de las disposiciones del Convenio Europeo en la jerarquía de las normas del derecho interno?

Preferimos no pronunciarnos sobre el estado del derecho en Bélgica, Grecia e Italia: ningún texto constitucional ni legislativo, ni ninguna decisión de jurisprudencia, al menos que sepamos, permite dar una respuecta segura. En cambio, tenemos por lo menos algunos elementos de juicio para los otros tres países.

## a) ¿Tiene el Convenio primacía sobre las leyes ordinarias?

Hemos ya indicado rápidamente en la primera sección que, a juicio del profesor Paul de Visscher, éste es el sistema del derecho positivo actual en Alemania y Austria. En realidad, la cuestión es compleja y sólo clasificaremos al derecho alemán y austríaco en esta rúbrica tras consignar nuestra mayor reserva.

1. Según el artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania: "Las reglas generales del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes..." La expresión "las reglas generales del derecho internacional" (die allgemeinen Regeln des Völkerrechts), que reproduce una expresión casi idéntica del artículo 4 de la Constitución de 1919 (die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts), se refiere manifiestamente al derecho internacional consuetudinario. El artículo 25 de la Constitución no resuelve, pues, formalmente la cuestión de la primacía del derecho internacional contractual sobre las leyes ordinarias. Por otra parte, esto es lo que ha declarado el Tribunal Constitucional Federal en su sentencia de 10 de mayo de 1957, por la que rechazó un recurso fundado en que una violación del Convenio Europeo constituiría ipso facto una violación del artículo 25 de la Constitución. 40

Otras dos decisiones del Tribunal Constitucional Federal de fechas 18 de noviembre de 1954 y 21 de marzo de 1957 rechazaron igualmente recursos fundados en la pretentida violación, según el primero, de ciertos artículos del Convenio y, según el segundo, del artículo 1º del Protocolo.<sup>41</sup> Sin embargo, estas sentencias se fundan

<sup>40</sup> BVG, 6, pág. 389.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> BVG, 4, pág. 110, y 6, pág. 290.

simplemente en que las decisiones impugnadas eran anteriores en el orden cronológico a la entrada en vigor del Convenio y del Proto-

colo. No resuelven, pues, la cuestión que nos ocupa.

Por otra parte, el artículo 100 de la Constitución indica las condiciones en que puede plantearse ante un tribunal la cuestión de la validez constitucional de una ley. Según el párrafo 1, el tribunal se abstendrá de decidir la cuestión y promoverá la adopción de una decisión por el Tribunal Constitucional Federal. El párrafo 2 añade: "Si el tribunal abriga dudas acerca de la cuestión de saber si una regla de derecho internacional forma parte integrante de la Constitución federal..., el tribunal promoverá la adopción de una decisión por el Tribunal Constitucional Federal". Parece que esta disposición sitúa en plan de igualdad el derecho internacional contractual y el consuetudinario, pero no dice de manera formal que el derecho contractual tendrá prelación sobre la ley ordinaria de la misma manera que el consuetudinario.

He aquí, por último, una sentencia del Tribunal Constitucional Federal de fecha 14 de enero de 1960 que ha sido sumamente comentada y criticada. 42 En este asunto, un procesado condenado por el Tribunal de Munich a la pena de dieciocho meses de reclusión por tentativa de aborto había interpuesto recurso y pedía la libertad provisional hasta que hubiese recaído una decisión definitiva sobre las acusaciones. Tras haber sido rechazada sucesivamente por el Tribunal y por la Audiencia de Munich su petición de libertad provisional, el procesado presentó un recurso constitucional. Su recurso se fundaba en dos consideraciones: 1) violación del párrafo 2 del artículo 2 y del párrafo 1 del artículo 104 de la Constitución, relativos a las libertades individuales, lo que carece de interés para la cuestión que nos ocupa; y 2) violación de los párrafos 3 y 4 del artículo 5 y del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo. El Tribunal, tras haber motivado con bastante extensión la denegación del primer fundamento, rechazó igualmente el segundo y declaró al respecto:

Un recurso constitucional no puede basarse en el Convenio sobre los Derechos Humanos (artículo 90 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal).

Muchos comentaristas han hecho notar con acierto que estos motivos constituían más bien una petición de principio y que eran demasiado breves para resolver una cuestión de tamaña importancia. Se ha hecho notar igualmente que la decisión había sido adoptada por el comité encargado del examen previo de los recursos constitucionales y que quizá el Tribunal en pleno habría adoptado una posición distinta.

 $<sup>^{42}</sup>$  Annuaire, III, pág. 628. En esta sentencia se hallarán las referencias a los comentarios de que ya ha sido objeto.

Es igualmente posible que la cuestión haya sido mal planteada. ¿ Que quiere decirse exactamente cuando se habla de la primacía del Convenio Europeo, o en general de las disposiciones de un tratado, sobre la ley federal ordinaria? Queda entendido que el legislador federal no podrá ulteriormente, por una medida unilateral, adoptar disposiciones que lo suspendan o que sean incompatibles. Por ejemplo, una ley federal no podría, habida cuenta de las disposiciones muy claras del artículo 3 del Convenio, introducir la tortura en la instrucción penal o las mutilaciones corporales en la escala de penas. Pero esto no significa necesariamente que las disposiciones del Convenio tengan categoría constitucional, ni que un recurso constitucional sea el procedimiento apropiado para sancionar su violación. Media un matiz entre "primacía" y "constitucionalidad". El Tribunal Supremo Federal, al que el párrafo 1 del artículo 95 de la Constitución confía el cuidado de velar por la armonía de la legislación federal, habría estado quizá mejor calificado para resolver el conflicto.

2. Pasemos ahora a Austria. La Constitución austríaca prevé igualmente un Tribunal Constitucional del que tratan los artículos 137 a 148. Según el artículo 144, el Tribunal Constitucional entiende en los recursos interpuestos contra las medidas o decisiones de la administración, que se funden en la violación de los derechos "garantizados por la Constitución". Según el artículo 145, el Tribunal Constitucional entiende en "las violaciones del derecho internacional, conforme a las disposiciones de una ley federal especial". Estas disposiciones no aclaran mucho cuál es la posición del derecho internacional contractual en la jerarquía de las reglas jurídicas. ¿ Cuál es la posición de la jurisprudencia?

La sentencia del Tribunal Constitucional del 27 de junio de 1960, ya mencionada, no nos da una respuesta decisiva. El recurso de que el Tribunal conocía se había interpuesto contra una decisión del ministro de Hacienda tomada en cumplimiento de una lev de aplicación del Tratado de Estado. Se fundaba en el artículo 144 de la Constitución, por violación de ciertos "derechos constitucionalmente garantizados". Entre éstos se invocaba el previsto por el artículo 6 del Convenio Europeo, según el cual toda causa ha de ser enjuiciada por un tribunal independiente e imparcial. Por consiguiente, el demandante pretendía en sustancia: 1) que había conflicto entre la "ley de aplicación" y el artículo 6 del Convenio; 2) que los derechos protegidos por el Convenio figuraban entre los "constitucionalmente garantizados"; y 3) que el conflicto debía resolverse, pues, en favor del Convenio. El Tribunal rechazó el recurso por los motivos que expondremos más adelante. Sólo mencionaremos ahora, de los considerandos de la sentencia, estas dos breves frases:

El Convenio no tiene, por consiguiente, ningún efecto sobre la aplicación de la segunda ley relativa a las restituciones... Por lo tanto, la anticonstitucionalidad de la decisión no puede ser deducida del artículo 6 del Convenio.

El Tribunal resuelve, pues, la cuestión 1) en forma negativa al declarar que no hay conflicto entre la ley de aplicación del Tratado de Estado y el Convenio. Esto le dispensa de resolver las cuestiones 2) y 3). Recordemos, por otra parte, que en la parte de la exposición de motivos antes citados, el Tribunal reconocía al Convenio la calidad de fuente de derecho interno "en tanto que disposición equivalente a una ley federal". Equivalente y no superior. Parece que el Tribunal haya situado así, por lo menos implicítamente, las disposiciones del Convenio en un rango igual, pero no superior, al de las leyes federales ordinarias.

### Primacía del Convenio sobre todas las leyes, ordinarias o constitucionales

Es, como hemos indicado brevemente en la primera sección, el régimen vigente en los Países Bajos después de la revisión constitucional de 1956. La situación en este caso es mucho más clara, pues está definida por textos formales. Puede resumirse en dos puntos.

Por una parte, en virtud del artículo 66 de la Constitución, las disposiciones de los acuerdos internacionales y, por consiguiente, las del Convenio Europeo y del Protocolo tienen prelación sobre las leyes ordinarias, sean o no éstas de fecha anterior. En caso de conflicto, no puede haber ninguna duda acerca del sentido en que éste deba ser resuelto.

Por otra parte, en virtud del artículo 63: "Cuando el desarrollo del orden jurídico internacional lo haga necesario, un acuerdo internacional podrá dejar sin efecto las disposiciones de la Constitución". Este acuerdo sólo habrá de ser ratificado por las dos Cámaras de los Estados Generales por una mayoría calificada. Notemos que no es totalmente exacto decir, como se dice a veces, <sup>43</sup> que los tratados en general y el Convenio en particular tienen primacía sobre la Constitución. Se trata de una primacía posible, pero que no es de derecho, puesto que está sujeta a condiciones particulares de ratificación. Pero el resultado práctico es idéntico por obra del artículo 60 de la Constitución, en virtud del cual: "... Los tribunales no tienen competencia para pronunciarse sobre la validez constitucional de los acuerdos internacionales". Así, tanto si el Convenio está en conflicto con una ley ordinaria, anterior o posterior, como con la misma Constitución, nada puede impedir su aplicación por los tribunales.

<sup>43</sup> Véase en este sentido, por A. Süsterhenn, loc. cit., pág. 310.

## 3. ¿ En qué medida pueden los particulares ampararse en las disposiciones del Convenio Europeo?

Queda entendido que sólo tratamos de los recursos ante los tribunales internos de los seis Estados que nos interesan. Quedan totalmente excluídos los recursos denominados "individuales" ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. Como hemos visto en la primera sección, el derecho de los gobernados a invocar ante los tribunales las disposiciones de un tratado está sujeto a tres condiciones: que las partes contratantes hayan tenido la intención de conferirles este derecho, que las estipulaciones del documento sean bastante precisas para que éste pueda ser abjeto de aplicación inmediata y que las estructuras de recepción del país interesado sean apropiadas para esta aplicación. Sabemos igualmente que algunas disposiciones de un convenio pueden ser objeto de aplicación inmediata y otras no, o que lo pueden ser en un país signatario y no en otro: depende esencialmente de lo que ocurra en cada caso.

En el caso concreto del Convenio Europeo, buscaremos primero en el análisis de sus disposiciones el sentido de una solución plausible y, luego, en el estudio de la jurisprudencia la sustancia de

las soluciones adoptadas.

### a) Orientación del Convenio

- 1. Se desprende muy claramente de muchas disposiciones del Convenio Europeo que la intención de los signatarios, o por lo menos la de los redactores, no era sólo vincular a los gobernantes, sino además y sobre todo dar garantías a los gobernados. Sólo citaremos las más características de estas disposiciones.
  - Artículo 1°. Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.
  - Artículo 13. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a que se le conceda un recurso efectivo ante una autoridad nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.
  - Artículo 26. La Comisión no puede ser requerida para decidir sino después de haberse agotado las vías de recurso internas, tal y como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos . . .
  - Artículo 57. Toda Alta Parte Contratante facilitará, a petición del secretario general del Consejo de Europa, las explicaciones necesarias sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de todas las disposiciones de este Convenio.
- 2. Desde el principio de los trabajos preparatorios hasta la elaboración del Convenio, en febrero de 1950, dos tesis se habían

opuesto en el seno de la comisión de expertos encargada de redactar el proyecto. Unos eran partidarios de una exposición de principios generales que cada parte aplicaría conforme a su legislación y a su jurisprudencia nacional. Otros pedían que una definición precisa de los derechos que debían protegerse fijara su naturaleza y alcance por medio de textos que tuvieran un valor legislativo propio. Siguiendo las instrucciones del Comité de Ministros, una comisión de altos funcionarios reunida en junio de 1950 dirimió la diferencia. El texto definitivo del Convenio es la reproducción, apenas modificada, del proyecto aprobado por dicha comisión. Ahora bien, este proyecto respondía más estrechamente a la segunda tesis que a la primera y sus redactores pretendían ciertamente dar una definición detallada de los derechos y libertades enumerados. 44 De hecho, las disposiciones del Convenio son en su conjunto bastante precisas para poder ser objeto de aplicación inmediata.

Sin embargo, esta apreciación ha de ser matizada. Es necesario aislar primero en el Convenio las disposiciones que tratan directamente de los derechos protegidos. Son las que figuran en el Título I (artículos 2 a 18); los demás títulos sólo contienen reglas de procedimento. Añadiremos a las primeras los artículos 1 a 3 del Protocolo suplementario. A primera vista, ¿ pueden todas estas disposiciones. ser objeto de aplicación inmediata, o sólo algunas de ellas? El señor Adolf Süsterhenn, miembro alemán de la Comisión Europea, considera self executing el conjunto del Título I y los artículos 1 y 2 del Protocolo suplementario; sólo excluye el artículo 3 del Protocolo y estima que esta solución es la que ha sido adoptada por la jurisprudencia alemana de estos últimos años. 45 Nadie se opondrá ciertamente a la exclusión del artículo 3 del Protocolo, en virtud del cual las partes se comprometen a organizar regularmente elecciones libres; sería difícil pretender que este artículo puede ser objeto de aplicación inmediata. Sin embargo, en cuanto al resto, es muy difícil dar a la fórmula propuesta por el señor Süsterhenn, sin duda válida en derecho alemán, un alcance general.

3. Aquí debe intervenir en efecto el tercer elemento de nuestro criterio: las estructuras de recepción del país interesado. Lo comprenderemos inmediatamente al leer el artículo 2 del Protocolo, en virtud del cual: "A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción". La aplicación de esta disposición no tropezará ciertamente con ninguna dificultad en Alemania; quizá sea más delicada en Grecia o en Turquía. Sin duda, puede considerarse que reglas sencillas y claras como las de las artículos 3, 7, 11, 12 ó 14 pueden

45 Loc. cit., págs. 303 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Véase a este respecto La Convention européenne des droits de l'homme-(publicación editada por el Consejo de Europa, Estrasburgo, 1958), págs... 24 y ss.

ser objeto de aplicación inmediata casi en cualquier lugar. Ahora bien, consideramos el artículo 6 que fija directrices muy generales en materia de procedimiento civil y penal; estas reglas pueden acomodarse perfectamente con las instituciones de un país determinado y, en cambio, quizá exijan en otro adaptaciones hasta cuya realización no puede concebirse su aplicación estricta. No se puede definir, pues, mediante una fórmula de alcance universal, lo que, en el Convenio y en el Protocolo, es o no es selt executing: la repartición deberá efectuarse habida cuenta de las condiciones reinantes en cada uno de los países interesados.

#### b) Las soluciones de la jurisprudencia

Cada una de las decisiones que se analizarán en la sección III. y que versan sobre la aplicación de algunas disposiciones del Título I del Convenio en diversos países, pueden interpretarse como respuestas afirmativas de la jurisprudencia al derecho de los particulares a ampararse en estas disposiciones ante los tribunales nacionales. Como se verá, este derecho ha sido reconocido en Bélgica en relación con el artículo 8, en Grecia en relación con los artículos 5 y 9, y en los *Países Bajos* en relación con el artículo 9. La jurisprudencia de la República Federal de Alemania ofrece la selección más rica por un amplio margen y parece, según el análisis del señor Süsterhenn, reconocer el carácter inmediatamente ejecutorio de la mayoría de los artículos del Título I. Esto no significa que el éxito haya coronado todos los recursos, ni mucho menos, sino solamente que no se ha puesto en duda su admisibilidad. En cuanto a Italia, no conocemos ninguna decisión.

El caso de Austria merece mención especial. Volvemos todavía una vez más a la sentencia del Tribunal Constitucional del 27 de junio de 1960, citada ya en dos ocasiones. Como se recordará, en la primera parte de los considerandos el Tribunal declaró que el Convenio había adquirido la calidad de fuente de derecho equivalente a una ley federal y que no era discutible su fuerza obligatoria en derecho interno. Quede esto dicho por lo que al principio se refiere; veremos ahora lo tocante a su aplicación. El recurso se fundaba en el artículo 6 del Convenio. El Tribunal pasa, pues, a

examinar el artículo 6 y declara:

El Tribunal estima que el artículo 6 del Convenio no es aplicable y ejecutorio inmediatamente; a su juicio, este artículo no es self executing ... El Tribunal no abriga la menor duda de que la imprecisión de algunos conceptos contenidos en el artículo 6, que se enfrentan con un orden jurídico establecido en la esfera del procedimiento civil y del penal, conduce a pensar que el artículo 6 sólo contiene principios que tienen carácter programático, que el legislador debe ciertamente poner en práctica y respetar, pero que no constituyen por sí mismos un derecho inmediatamente aplicable.

No hay nada contradictorio en esta sentencia. Al contrario, pone muy bien de manifiesto que un convenio puede incorporarse al derecho interno sin que todas sus disposiciones sean por este mismo hecho objeto de aplicación inmediata: se trata de dos cuestiones totalmente distintas. Hemos visto también que el artículo 6 era uno de los artículos cuyo carácter self executing podía discutirse con buen fundamento. Por otra parte, antes de que el Tribunal decidiera v desde el 23 de setiembre de 1959, el Gobierno de Austria había depositado en el Nationalrat un proyecto de ley constitucional tendente "a cumplir los compromisos contraídos por el hecho de la ratificación del Convenio Europeo". 46 Este proyecto, que por otra parte todavía no ha sido aprobado, incorpora a la Constitución casi textualmente las disposiciones de los artículos 3, 7, 8 (párrafo 1) y 12 del Convenio; incorpora, por otra parte, a la ley fundamental de 21 de diciembre de 1867 lo esencial del artículo 10 del Convenio y del artículo 2 del Protocolo. Esta medida, que tendrá por efecto dar a estas disposiciones categoría constitucional, es ciertamente excelente. Pero la exposición de motivos deja traslucir una contradicción cierta entre la posición del Gobierno y la del Tribunal Constitucional Dice en efecto:47

El Gobierno federal ha estimado, con ocasión de la firma y ratificación del Convenio y del Protocolo, que estos instrumentos no creaban para Austria otra obligación que la de adaptar su legislación interna a las disposiciones del Convenio y del Protocolo en la medida en que la legislación austríaca no estuviera ya conforme con ellos... En cambio, estos instrumentos no han dado origen a un derecho positivo inmediatamente aplicable. El Gobierno federal los considera como no self executing...

Esta interpretación ha sido aceptada por el Nationalrat y por su comisión competente. Ahora bien, algunos discuten esta interpretación que parece poder apoyarse en el texto mismo del Convenio. El preámbulo (del proyecto de ley) tiene, pues, por fin precisar la interpretación que será en adelante obligatoria, a saber: en lo que concierne a Austria,

el Convenio no es inmediatamente aplicable.

Así, pese a que con mucho acierto el Tribunal ha distinguido las dos cuestiones, la de la incorporación del Convenio en su conjunto al orden jurídico interno y la del carácter self executing de ésta o aquella de sus disposiciones en particular, el Gobierno parece confundirlas. Al negar en bloque a todas las disposiciones del Convenio el carácter self executing, manifiesta que se propone en realidad discutir el automatismo de su incorporación al orden jurídico interno. Al afirmar que el Convenio sólo ha podido tener por efecto obligar a las autoridades constitucionales responsables a adaptar la legislación a los principios que enuncia, expresa una adhesión

 <sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Annuaire, II, págs. 528 y ss.
 <sup>47</sup> Ibid., págs. 539 a 541.

totalmente inesperada a la doctrina dualista.<sup>48</sup> Se observará además que el Gobierno ha omitido incluir en el proyecto de ley disposiciones que respondan a las del artículo 6 del Convenio que, según el Tribunal había considerado, no podían ser objeto de aplicación inmediata: sin duda, cree que a este respecto la legislación austríaca se acomodaba de antemano a los principios del artículo 6. Sólo cabe llegar a la conclusión de que, mientras la nueva ley constitucional no haya visto la luz, podemos considerar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es la expresión del derecho positivo austríaco sobre la cuestión. Esta jurisprudencia se ajusta a la tradición de la escuela vienesa de derecho internacional, de la que uno de sus representantes más destacados, el profesor Alfred Verdross, subrayaba recientemente, en la última edición de su Völkerrecht, la importancia y la extensión de los derechos conferidos a los particulares por el Convenio Europeo.<sup>49</sup>

Resumiremos del modo siguiente las soluciones del derecho

positivo a las cuestiones estudiadas en la presente sección.

1. En seis, como mínimo, de los Estados que han ratificado el Convenio Europeo, las disposiciones del Convenio y del Protocolo han entrado en el orden jurídico interno.

2. Salvo el caso de los Países Bajos, es problemático fijar respecto a cada país la situación exacta de estas disposiciones en la

jerarquía de las normas internas.

3. Si se atiende al espíritu y a la letra del Convenio y, en particular, al texto del artículo 13, las disposiciones del Título I pueden ser objeto, por regla general, de aplicación inmediata. Sin embargo, la cuestión debe abordarse separadamente en relación con cada artículo y cada país.

## § III. INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DEL CONVENIO EN EL ORDEN JURIDICO INTERNO

Por suponer resueltas las cuestiones de admisibilidad, nos falta ver cómo la jurisprudencia de los tribunales internos ha interpretado el fondo de algunas disposiciones del Convenio Europeo. Precisemos primero los límites del tema. 1) Esta jurisprudencia sólo se refiere a las disposiciones que definen los derechos y libertades garantizados, es decir, las del Título I del Convenio y los artículos 1 a 3 del Protocolo. 2) Las soluciones adoptadas por esta jurisprudencia sólo tienen aplicación para el derecho interno del país de que se trate. Incumbe a las autoridades internacionales — Comisión de Derechos

<sup>48</sup> Véase en este sentido, por K. Vasak, Was bedeutet die Aussage "ein Staatsvertrag sei self executing"? en Juristische Blätter (Viena), 23 de diciembre de 1961, págs. 621 y 622.
49 A. Verdross, Völkerrecht (4a edición), págs. 498 y 499, Viena, 1959.

Humanos, Comité de Ministros y Tribunal Europeo de Derechos Humanos – interpretar estas disposiciones en el plano del derecho internacional. Sin embargo, habrá entre las jurisprudencias nacionales y la internacional interferencias inevitables. 3) Sólo tenemos noticia de decisiones jurisprudenciales sobre el fondo del asunto en cuatro de los seis Estados que han incorporado el Convenio al orden interno: Alemania, Bélgica, Grecia y los Países Bajos; estas decisiones versan sobre una decena de los artículos del Título I; no conocemos ninguna relativa al Protocolo.

Clasificaremos las decisiones de la jurisprudencia en dos grupos. Algunas se refieren al artículo 6, que fija las reglas generales para una buena administración de justicia. Las demás versan sobre los derechos y libertades propiamente dichos. Las analizaremos sucesivamente en este orden.

## 1. Reglas para una buena administración de justicia (artículo 6)

Las decisiones de que se trata bajo este epígrafe proceden en su totalidad de la jurisprudencia alemana.

## a) Derecho a la libre elección del defensor

Según el inciso c) del párrafo 3 del artículo 6, todo acusado tiene derecho a la asistencia del abogado de su elección; por otra parte, si no tiene los medios para remunerar un defensor, tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio. El Tribunal Constitucional Federal entendió en un recurso interpuesto por un procesado que, apoyándose en esta disposición, pretendía acumular las ventajas de la elección del defensor y de su gratuidad. Por sentencia de 16 de diciembre de 1958, rechazó el recurso y condenó la interpretación tendenciosa en que se fundaba.<sup>50</sup>

## b) Derecho a la publicidad de los debates y de las sentencias

Según el párrafo 1 del artículo 6, toda persona tiene derecho a que su causa sea juzgada públicamente; la sentencia debe igualmente dictarse públicamente. La aplicación de estas reglas ha tropezado con algunas dificultades, principalmente en dos esferas.

Por una parte, el Código de procedimiento civil alemán prevé la posibilidad de un procedimiento escrito a cuyo término la sentencia no se dicta en audiencia pública, sino que es simplemente notificada a las partes. ¿ Es compatible este procedimiento con el artículo 6? Se ha discutido la cuestión ante el Tribunal Supremo Federal. Ahora bien, este alto órgano judicial, por sentencia de 27 de junio de 1957, rechazó el recurso refiriéndose sobre todo al espíritu del artículo 6 y subrayando con mucho acierto que los

<sup>50</sup> BVG, 9, pág. 36.

debates v la emisión públicos de la sentencia no son necesarios si las partes han optado por otro procedimiento que tiene en cuenta

equitativamente los intereses contrapuestos.<sup>51</sup>

Por otra parte, algunos tribunales administrativos aplican reglas de procedimiento especiales que no prevén se dicte la sentencia en audiencia pública después de la clausura de los debates orales. ¿ No están estos procedimientos en contradicción con el artículo 6? La cuestión fue planteada ante el Tribunal Administrativo Superior de Münster, que la resolvió por la sentencia va citada del 24 de noviembre de 1955.52 Al investigar si las reglas sobre la publicidad de los debates y de las sentencias se aplican también a los tribunales administrativos, el Tribunal declaró:

Esta disposición (del artículo 6) sólo se refiere a los tribunales que deciden ora "las diferencias sobre los derechos y obligaciones de carácter civil", ora "la justicia de toda acusación en materia penal". Se trata en ese caso, según la expresión aceptada, de los tribunales "ordinarios", es decir, de los tribunales civiles y penales, pero no de los administrativos que deciden los litigios de derecho público... El texto muy claro no autoriza una interpretación extensiva.

Esta solución fue adoptada igualmente por el Tribunal Administrativo Federal en una sentencia de 30 de enero de 1958 y por el Tribunal Constitucional Federal en una sentencia de 25 de abril de 1958. Notemos que la Comisión Europea de Derechos Humanos, que entendió en la cuestión al recibir la demanda núm. 423/58, se pronunció igualmente en el mismo sentido por una decisión de 7 de julio de 1959. Así, en la interpretación común, las disposiciones del artículo 6 sobre la publicidad de los debates y de las sentencias sólo se aplican a los tribunales civiles y penales, pero no a los administrativos.53

#### Ó) Competencia en materia penal

La cuestión vuelve a plantearse en los casos en que un tribunal administrativo ejerce una función penal. Fue suscitada ante el Tribunal Supremo Federal, en relación con el poder que tienen ciertos tribunales competentes en materia fiscal para imponer multas. En una sentencia de 21 de abril de 1959, el Tribunal declararó que las reglas de procedimiento de estos tribunales respetaban los principios sentados por el artículo 6 y eran, pues, perfectamente regulares.54

Annuaire, II, pág. 596.
 Annuaire, II, pág. 572; I. L. R., 1955, pág. 608.
 Véase sobre esta cuestión el estudio de J. Velu: Le problème de l'application aux juridictions administratives des règles de la Convention européenne des droits de l'homme relatives à la publicité des audiences et des jugements, en la Revue de droit international et de droit comparé, 1961, págs. 129 y ss., (Bruselas).

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> BGH (S), 13, pág. 102.

## Los derechos y libertades garantizados

1. La Comisión Europea de Derechos Humanos ha advertido muchas veces la tendencia de algunos litigantes a leer entre las líneas del Convenio para buscar en él la garantía de derechos puramente imaginarios. 55 Hallamos en algunas decisiones internas el reflejo de la misma experiencia. De la primera frase del artículo 5, "toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad", se ha pretendido deducir:

el derecho del particular a fijar su residencia y ejercer una actividad en el territorio de un Estado distinto del que es natural; el Tribunal Administrativo Superior de Münster entendió de un recurso entablado por un italiano, de profesión viajante de comercio, contra una decisión por la que la administración se negaba a renovar su permiso de residencia en Alemania; por sentencia de 13 de abril de 1954, desestimó el recurso, subrayando que el Convenio no había conferido a los naturales de los Estados signatarios ningún derecho de residencia en el territorio de los demás Estados;56

el derecho del particular a la libre elección de su residencia en el territorio del Estado del que es natural; la cuestión ha dado lugar a una sentencia del Consejo de Estado griego de 1954;57 un individuo condenado al extrañamiento por el delito de rebelión pretendía que esta forma de privación de la libertad no estaba prevista por el artículo 5: el Consejo de Estado desestimó el recurso. habida cuenta de que el artículo 5 no impedía en modo alguno a la administración alejar de algunas partes del territorio nacional a un individuo peligroso para la seguridad pública.

2. A veces se ha querido sacar hábiles deducciones del artículo 3 sobre la prohibición de tratos inhumanos. Así, un ciudadano checoeslovaco impugnó ante el Tribunal Administrativo Superior de Berlín una decisión por la que era devuelto a su país de origen. Hacía valer que, de ser devuelto a Checoeslovaquia, sería casi ciertamente condenado a muerte por deserción o espionaje. Antes de pronunciarse, el Tribunal examinó muy detenidamente, por una parte, los elementos en verdad bastante confusos presentados por el demandante para explicar su situación con respecto a las autoridades checas y, por otra, las disposiciones de la legislación checoeslovaca sobre la represión de los delitos por los que corría el riesgo de ser procesado. Tras haber comparado las disposiciones penales de dicha legislación con las vigentes en varios países occidentales, el Tribunal, en su sentencia de 28 de setiembre de 1960. llegó a la conclusión:58

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Véase el cuadro de las decisiones adoptadas en este sentido que consigna la Comisión en el Annuaire, II, págs. 493 a 495.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> I. L. R., 1954, pág. 209.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> I. L. R., 1954, pág. 168. <sup>58</sup> Annuaire, III, pág. 638.

Así, pues, los castigos previstos por el Código Penal checoeslovaco están comprendidos dentro de los límites habituales en las países occidentales, de suerte que la expulsión no puede ser considerada como un trato inhumano. Contrariamente a la opinión expresada (por los primeros jueces), un trato no se convierte en inhumano únicamente por el hecho de que el demandante quede sujeto a la justicia de un país del bloque oriental.

3. La disposición del párrafo 3 del artículo 5 sobre las garantías dadas al procesado en el procedimiento penal ha sido invocada a veces en apoyo de una petición de libertad provisional. El texto dice que el acusado tiene el derecho "a ser juzgado en un plazo razonable o a ser liberado durante el procedimiento". Por consiguiente, el tribunal quizá tenga que averiguar, si, habida cuenta de las circunstancias del caso, la duración de la prisión preventiva excede o no de los límites de lo "razonable". Así lo hizo la Audiencia de Brema en una sentencia de 17 de febrero de 1960. Declaró:

La importancia de la demora depende, entre otras cosas, de las dificultades de la instrucción, del tiempo transcurrido desde que se cometió la infracción y de la conducta del acusado, quien ha de aceptar la prolongación de su prisión preventiva cuando, por su conducta, se ha retrasado la instrucción. Sin embargo, se rebasará la demora razonable si la duración de la prisión preventiva excede, sin falta del detenido, de la duración máxima de la pena de prisión a la que sería condenado si se tienen en cuenta razonablemente todas las circunstancias del asunto. En el caso presente, el acusado . . . está en prisión preventiva desde hace unos cuatro meses. Ahora bien, habida cuenta de la gravedad de los delitos que se le imputan, y también de sus condenas anteriores, cabe prever que se le impondrá una pena privativa de la libertad de más de cuatro meses. (Desestimación del recurso).

4. Las disposiciones del artículo 8 sobre el respeto de la vida privada y familiar han sido invocadas en varios sentidos.

He aquí un primer caso que pone de manifiesto hasta dónde puede llegar la imaginación de los litigantes en la exégesis de los textos. Ha dado lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 10 de mayo de 1957, que hemos citado antes en relación con el recurso constitucional. 60 Un individuo había sido condenado a un año de prisión por el Tribunal de Hamburgo en virtud del artículo 175 del Código Penal alemán que castiga el delito de homosexualidad. Recurrió primero ante el Tribunal Supremo Federal, que le desatendió. Presentó luego al Tribunal Constitucional Federal un recurso en el que impugnaba la validez del artículo 175 del Código Penal. El recurso se fundaba en las dos consideraciones siguientes: a) violación de los "derechos constitucionalmente garantizados" por los párrafos 2 y 3 del artículo 3 y por el párrafo 1 del artículo 2 de la Constitución, esto es, los derechos a la igualdad de los sexos y al libre desenvolvimiento de la personalidad (;!); y b) violación del párrafo 1 del artículo 8 del Convenio Europeo.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Annuaire, III, pág. 634. <sup>60</sup> BVG, 6, pág. 389.

relativo al respeto de la vida privada y familiar. El Tribunal se dio el trabajo de refutar punto por punto la sutil argumentación del demandante en una sentencia de más de cincuenta páginas impresas. parte de las cuales reproduce las declaraciones de los peritos médicos que habían sido consultados acerca de las relaciones entre la homosexualidad y el libre desenvolvimiento de la personalidad. Acerca del solo punto que nos interesa, el artículo 8 del Convenio, el Tribunal hizo notar que el alcance del principio enunciado en el primer párrafo queda limitado por las disposiciones del segundo, que autorizan las ingerencias de la autoridad pública necesarias en particular "para la protección de la salud o de la moral".

Mucho más serios son los recursos en los que el artículo 8 ha sido invocado para oponerse a decisiones administrativas que conducían a disociar la vida familiar de cónyuges de nacionalidad distinta. He aquí dos casos paralelos: en uno y otro, un ciudadano belga había contraído matrimonio con una alemana; los esposos tropezaban con las mayores dificultades para fundar un hogar, pues las autoridades belgas querían expulsar a la mujer cuando se radicaban en Bélgica y las alemanas querían expulsar al marido cuando se radicaban en Alemania. Un asunto fue planteado ante un tribunal alemán y otro ante un tribunal belga; los tribunales decidieron en sentidos diametralmente opuestos. El Tribunal Administrativo Federal, que conoció del primer asunto, por sentencia de fecha 25 de octubre de 1956, adoptó una interpretación del artículo 8 muy favorable a los derechos de la familia.<sup>61</sup> He aquí lo esencial de los considerandos:

Si la familia está amenazada en su unidad y en su integridad, ha lugar a conciliar el interés de la familia y el interés general. El artículo 8 del Convenio precisa en qué medida debe tomarse en consideración el interés general. En virtud de este artículo, toda persona tiene derecho al respeto de su vida familiar. La ingerencia de la administración pública en el ejercicio de este derecho sólo se acepta en tanto esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud y de la moral, o la protección de los derechos y libertades del prójimo. Estas condiciones no concurren en el caso presente.

El Tribunal, al considerar que se había violado el artículo 8 del Convenio Europeo, anuló, pues, la sentencia de expulsión dictada contra el marido. Al contrario, el Tribunal de Casación de Bélgica, al decidir el otro asunto por una sentencia de 21 de setiembre de 1959, confirmó la decisión tomada contra la mujer fundándose en los motivos siguientes:62

<sup>61</sup> Annuaire, II, pág. 584; I. L. R., 1956, pág. 393. 62 Annuaire, III, pág. 624.

Por cuanto el artículo 8 mencionado en el recurso permite la ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho al respeto de la vida familiar de una persona cuando la ingerencia está prevista por la ley y constituye, en particular, una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad pública o para la defensa del orden; Por cuanto el párrafo 5 del artículo 12 de la Ley de 28 de marzo de 1952 castiga al extranjero rechazado o expulsado que entra en el Reino sin autorización especial del ministro de Justicia; Por tanto, la medida tomada contra la demandante está prevista por

la lev.

5. Varios recursos se han fundado en las disposiciones del artículo 9 concernientes a la libertad religiosa y a la libertad de cultos.

El Tribunal Supremo de Grecia, en su sentencia núm. 386/1955, declaró que las disposiciones de una ley de 1938, que condiciona la construcción y el uso de los edificios de culto de todas las confesiones a una autorización previa de la autoridad eclesiástica competente y del ministro de Cultos, no son en manera alguna incompatibles con el artículo 9 del Convenio: 63

En efecto, el artículo 9 reconoce la libertad de religión, pero dispone que ésta puede ser objeto de las limitaciones que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o para la protección de los derechos y libertades del prójimo.

El Tribunal de Casación de los Países Bajos, en una sentencia de 13 de abril de 1960, decidió un recurso de un pastor de la Iglesia reformada contra una sentencia que le condenaba a pagar el importe de las cotizaciones previstas por la Ley sobre el seguro de vejez.64 El demandante discutía la compatibilidad de esta Ley, si se pretendía aplicarla a los ministros de cultos, con el artículo 9 del Convenio; la libertad de cultos implicaría que sólo la Iglesia debía tener la función de subvenir a las necesidades de sus ministros. El Tribunal de Casación rechazó este recurso basándose en los motivos siguientes:

La libertad garantizada (por el artículo 9) a cada uno de manifestar su religión o sus creencias no coincide con la libertad de cada uno a contraponer las prescripciones legislativas con sus propias concepciones o creencias religiosas; por lo tanto, la disposición invocada del Convenio no significa que cada uno sea libre de eludir la aplicación de las disposiciones legislativas, incluso cuando éstas no guardan ninguna relación con la manifestación de la religión o de las creencias, alegando la nulidad o la impracticabilidad de estas disposiciones legislativas sobre la base de agravios derivados de concepciones o creencias religiosas.

6. El artículo 13 enuncia el derecho de toda persona cuyas libertades hayan sido conculcadas a un recurso efectivo ante una autoridad nacional. El Tribunal Constitucional del Estado de Renania-Palatinado tuvo que pronunciarse sobre la cuestión de saber

 <sup>63</sup> Annuaire, II, pág. 606.
 64 Annuaire, III, pág. 648.

si esta disposición exigía que el recurso constitucional puede utilizarse para la protección de todos los derechos garantizados por el Convenio. De hecho, la Constitución del Estado de Renania-Palatinado sólo prevé la interposición del recurso constitucional por los particulares en un caso: el de la nacionalización de bienes privados. ¿ Es compatible esta limitación con las estipulaciones del artículo 13 ? En su sentencia de 16 de marzo de 1959, el Tribunal respondió en sentido afirmativo. <sup>65</sup> Hizo notar con mucho acierto que el recurso efectivo exigido por el artículo 13 no ha de ser necesariamente un recurso constitucional. Los derechos de los ciudadanos pueden estar perfectamente garantizados por el sistema actual que da amplia oportunidad para la presentación de recursos ante los tribunales ordinarios y administrativos.

## **CONCLUSIÓN**

El carácter insólito de muchos de los recursos que se han presentado hasta ahora ante los tribunales nacionales puede incitar al escepticismo. Sólo hemos visto en definitiva un único caso de anulación fundada en la violación del Convenio Europeo: la que fue pronunciada por el Tribunal Administrativo Federal el 25 de octubre de 1956, por violación del artículo 8. No parece que haya prosperado ningún otro recurso. Es cierto que, debido a su flexibilidad, las disposiciones del Título I del Convenio ofrecen una presa fácil a los razonamientos tortuosos de los litigantes y de los delincuentes ávidos de explotar todos los recursos del procedimiento. Una visión de conjunto sobre los casos sometidos a la Comisión Europea de Derechos Humanos dejaría sin duda una impresión idéntica. Cabe preguntarse entonces si el Convenio y los recursos que éste instituye se hicieron para esto.

No olvidemos, sin embargo, que el estudio de los recursos contenciosos, tanto si son planteados ante las autoridades nacionales como ante la Comisión Europea, sólo revela situaciones de crisis. Lo que es esencial y no podemos captar son los efectos invisibles del Convenio Europeo, la influencia de sus disposiciones sobre la práctica cotidiana de la administración y de la justicia en los países en que está vigente; esta eficacia está evidentemente condicionada por la existencia de sanciones, es decir, de recursos. Poco importa que estos recursos sólo sean ejercidos raras veces y que, en ocasiones, lo sean con torpeza. Lo que el Convenio Europeo ha aportado con carácter realmente nuevo a los catorce Estados que lo han ratificado es un sistema de reglas jurídicas que no son sólo internacionales, sino también supranacionales. Los Estados contratantes están obligados por estas reglas más que lo estarían por las cláusulas de un tratado, pues la posibilidad de recurrir ante las autoridades de

<sup>65</sup> Annuaire, II, pág. 598.

Estrasburgo y la eventualidad de decisiones mayoritarias en el Comité de Ministros o en el Tribunal abren una primera brecha en su soberanía. Es un primer paso hacia este régimen de legalidad que un maestro francés de derecho internacional prematuramente desaparecido, Marcel Sibert, describía como el correspondiente al "de la primacía del derecho internacional administrado por una voluntad superior a los Estados e imponiéndose directamente a ellos en un orden jurídico único".66

Un orden jurídico único: es precisamente hacia esta meta a la que debe tender el esfuerzo si se quiere engrandecer la brecha. Para que las disposiciones del Convenio surtan pleno efecto, es necesario que, según la intención de sus redactores, penetren en el orden jurídico interno, hasta el nivel de los particulares. El sistema sólo logrará su pleno equilibrio si los gobernados, derivando derechos inmediatos de la norma internacional, pueden ampararse en ellos tanto ante sus jueces nacionales como ante el tribunal internacional. En este sistema de derecho unitario, como lo había subrayado vigorosamente Georges Scelle, toca al juez nacional ejercer competencias internacionales en la medida en que haga aplicación de una norma superior al nivel estatal. Sólo entonces estará el Estado plenamente vinculado por la regla a la que se ha adherido.

Decíamos al principio que convendría a los juristas americanos y africanos que estudian actualmente los proyectos de pactos destinados a organizar la protección de los derechos humanos en un marco regional aprovechar lo más posible la experiencia que desde hace diez años realizan en esta esfera catorce Estados europeos. Creemos que la primera enseñanza que ha de deducirse de esta experiencia es la de que un convenio destinado a garantizar los derechos individuales ha de concebirse de suerte tal que pueda aplicarse inmediata y directamente a los particulares. Si el Estado asume obligaciones, ha de aceptar las consecuencias: no puede dar y tomar indefinidamente. Toda expansión del derecho supone un retroceso de la soberanía si es cierto, como escribía Hans Kelsen, que: "La idea de la soberanía del Estado nacional ha hecho fracasar hasta ahora, con o sin razón, todas las tentativas para organizar el orden internacional ... y para transformar la colectividad internacional, todavía hoy muy poco desarrollada, en una civitas maxima en el pleno sentido de la expresión".67

PHILIPPE COMTE \*

<sup>66</sup> Sibert, pág. 246.

<sup>67</sup> Hans Kelsen, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, Recueil 1926, IV, pág. 326.

<sup>\*</sup> Licenciado en Letras y doctor en Derecho; miembro de la Secretaría de la Comisión Internacional de Juristas.

# EXTRACTOS DEL CONVENIO EUROPEO Y DEL PROTOCOLO SUPLEMENTARIO

# Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

#### Artículo 1

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.

#### Artículo 3

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

#### Artículo 5

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie será privado de la libertad, salvo en los casos siguientes y según las vías legales:

a) si está preso regularmente tras condena por tribunal competente;

b) si ha sido objeto de detención o prisión regulares por desobediencia a una orden dada, conforme a la ley, por un tribunal o con vistas a garantizar

la ejecución de una obligación prescrita por la ley;

c) si ha sido detenido y preso con vistas a ser entregado a la autoridad judicial competente, cuando haya motivos fundados para sospechar que ha cometido una infracción o cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de evitar que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;

d) si se trata de la detención en regla de un menor, decretada para educarlo bajo vigilancia, o de su detención en regla con objeto de entregarlo

a la autoridad competente;

e) si se trata de la detención en regla de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un loco, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vago;

f) si se trata de la detención o prisión en regla de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio, o de una persona contra la

que está pendiente un procedimiento de expulsión o de extradición.

3. Toda persona detenida o presa, en las condiciones previstas en el párrafo 1 c) del presente artículo, será entregada inmediatamente al juez o a la autoridad habilitada por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá el derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser liberada durante el procedimiento. La concesión de libertad podrá condicionarse a la prestación de una garantía que asegure la comparecencia del interesado en el juicio.

4. Toda persona privada de la libertad por detención o prisión tendrá derecho a interponer recurso ante un tribunal para que decida en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención es ilegal.

#### Artículo 6

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea juzgada equitativa y públicamente, en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, instituído por la ley, que decidirá sea las diferencias sobre los derechos y obligaciones de carácter civil, sea la justicia de toda acusación en materia penal de que sea objeto. La sentencia habrá de dictarse públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia podrá prohibirse a la prensa y al público

durante la totalidad o durante parte de un proceso en bien de la moralidad, el orden público o la seguridad nacional de una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes lo exijan, o en el medida considerada estrictamente necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad tendería a perjudicar los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de delito se presumirá inocente mientras no se

pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Todo acusado tiene derecho en particular:

 a) a ser informado, en el plazo más breve posible, en un idioma que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y la causa de la acusación de que es objeto;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarios para preparar

su defensa;

c) a defenderse personalmente o mediante la asistencia de un defensor de su elección y, si no tiene los medios para remunerar un defensor, a ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y a obtener la convocatoria y el interrogatorio de los testigos de descargo en las mismas

condiciones que los de cargo:

e) a hacerse asistir gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma utilizado en el juicio.

#### Artículo 7

1. Nadie podrá ser condenado por un acto u omisión que, en el momento de su comisión, no constituía delito según el derecho nacional o internacional. Asimismo, no se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

2. El presente artículo no dejará sin efecto la sentencia y el castigo de una persona culpable de un acto u omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales de derecho reconocidos por

las naciones civilizadas.

## Artículo 8

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar,

de su domicilio y de su correspondencia.

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

## Artículo 9

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia.

2. La libertad de manifestar su religión o sus creencias no podrá ser objeto de otras limitaciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral públicas, o para la protección de

los derechos y libertades del prójimo.

#### Artículo 11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, comprendido el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la

defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras limitaciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades del prójimo. El presente artículo no prohibe la imposición de limitaciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, la policía o la administración del Estado.

#### Artículo 12

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que regulan el ejercicio de este derecho.

#### Artículo 13

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

### Artículo 14

El disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio habrá de asegurarse sin distinción alguna, en particular por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión, opiniones políticas o cualquier otra opinión, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra condición.

## Artículo 25

1. La Comisión podrá conocer de una demanda dirigida al secretario general del Consejo de Europa por toda persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que alegue ser víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el presente Convenio, en el caso en que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia. Las Altas Partes Contratantes que hayan suscrito tal declaración se comprometen a no entorpecer con medida alguna el ejercicio eficaz de este derecho.

 Estas declaraciones podrán hacerse por un periodo determinado.
 Se remitirán al secretario general del Consejo de Europa, que transmitirá copia de ellas a las Altas Partes Contratantes y cuidará de su publicación.

4. La Comisión sólo ejercerá la competencia que le atribuye el presente artículo cuando seis Altas Partes Contratantes por lo menos estén obligadas por la declaración prevista en los párrafos precedentes.

## Artículo 26

La Comisión no puede ser requerida para decidir sino después de haberse agotado las vías de recurso internas, tal y como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses, a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.

#### Artículo 57

Toda Alta Parte Contratante facilitará, a petición del secretario general del Consejo de Europa, las explicaciones necesarias sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de todas las disposiciones de este Convenio.

## Protocolo suplementario

## Artículo 1

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá será privado de su propiedad sino por razón de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes no menoscaban el derecho que poseen los Estados a poner en vigor las leyes que consideren necesarias para regular el uso de los bienes conforme al interés general o para asegurar el pago de impuestos o de otras contribuciones o de multas.

## Artículo 2

A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que desempeñe en la esfera de la educación y de la enseñanza respetará el derecho de los padres a impartir esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

## Artículo 3

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres por voto secreto, en las condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo sobre la elección del cuerpo legislativo.

## EL PODER JUDICIAL EN LA ZONA DE OCUPACIÓN SOVIÉTICA DE ALEMANIA

(República Democrática Alemana "RDA")

## 1. Elección y posición de los jueces

En 1º de octubre de 1959 votó la Cámara del Pueblo de la zona soviética la "Ley sobre la Elección de los Jueces de los Tribunales de Distrito y Departamentales por los Organos Locales de Representación Popular" y, al propio tiempo, la "Ley Modificatoria de la Ley Orgánica Judicial". Ambas leyes fueron insertadas en un texto refundido de la Ley Orgánica Judicial ("LOJ"), el cual ha entrado en vigencia con fecha 1º de noviembre de 1959. Con la puesta en vigor de la Ley sobre la Elección de los Jueces ("LEJ"), el legislador de la zona de ocupación soviética ha venido a dar cumplimiento a una de las exigencias que habían sido formuladas por Ulbricht en la 33ª reunión plenaria del Partido Socialista Unificado de Alemania ("PSUA"); en tal ocasión había manifestado este último que la elección de los jueces por los órganos locales de representación popular era más democrática que el procedimiento seguido hasta entonces, que consistía en designarlos por nombramiento del ministro de Justicia.<sup>2</sup> Partiendo del supuesto que los acuerdos del Partido Socialista Unificado de Alemania constituyen la base esencial para cuantas medidas concretas hayan de adoptarse en lo concerniente a la justicia,3 resultó como consecuencia lógica que, al instante de conocer los acuerdos del 33er pleno, el Ministerio de Justicia de la zona soviética comenzara a elaborar una ley sobre la elección de los jueces. Con arreglo al plan de perspectiva que había sido adoptado a raíz de las resoluciones del V Congreso del Partido Socialista Unificado de Alemania (en julio de 1958) en materia legislativa,4 quedó ultimada la ley sobre la elección de los jueces en el otoño de 1959.

La edad mínima para el desempeño de las funciones de juez fue elevada de los 23 a los 25 años (Art. 16 de la LOJ). Se intro-

4 Neue Justiz (Nueva Justicia), 1958, pág. 551.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik (Diario Oficial de la República Democrática Alemana), parte I., 1959, pág. 756.

Neues Deutschland (Nueva Alemania) del 20 de octubre de 1957.
 Hilde Benjamin en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1956, pág. 294.

dujeron importantes modificaciones por lo que respecta a los antecedentes políticos y profesionales requeridos para el ingreso en la judicatura. Siendo así que hasta entonces todo juez venía obligado a "actuar sin reserva en pro de los objetivos de la República Democrática Alemana" le exige la ley actual "actuar sin reserva en pro de la victoria del socialismo en la República Democrática Alemana y mostrarse adicto a los poderes de los trabajadores y campesinos" (Artículo 15).

De esta forma se ha llegado a concretar considerablemente el contenido político de la función judicial. El Partido y la Administración han logrado obtener una escala todavía más adecuada para los fines que persiguen, al efecto de poder determinar el grado de idoneidad y de utilidad de todo miembro de la judicatura.

El requisito de orden profesional exigido para el desempeño del cargo de juez es, como anteriormente, "la obtención de una formación jurídica en un Centro de formación profesional destinado a estos fines"; además se exige actualmente "acreditar la capacidad necesaria durante el período preparatorio prescrito a esos efectos". También esta última disposición ha sido dictada para corresponder a un pedimento del V Congreso del Partido Socialista Unificado de Alemania a tenor del cual "los cuadros de jóvenes juristas habrían de obtener la preparación adecuada para ejercer una carrera de tanta responsabilidad como la de juez y fiscal "socialista". Dicho período preparatorio ha venido en denominarse "período de prácticas" en el Reglamento general de 22 de junio de 1959 dictado conjuntamente por el ministro de Justicia y el fiscal general.

Mediante dicho período de práticas "ha de procurarse conseguir que los graduados (procedentes de las Universidades y de la Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas "Walter Ulbricht" – nota del autor –) consoliden su posición de firmeza frente a los riesgos inherentes a toda actitud inspirada en un formalismo jurídico y adquieran una formación política que los califique como partidarios consecuentes de la causa de los trabajadores y campesinos". Esto demuestra que sólo podrá concebir esperanzas de ser elegido juez quien acredite en el curso de su período de prácticas, mediante la realización de trabajos corporales y "de trascendencia políticosocial", su condición de persona identificada con la ideología del partido y de representante de la clase trabajadora íntimamente afecto a las masas. El período de prácticas sirve, en realidad, como

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Seifert en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1958, pág. 553.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Praktikantenordnung (Reglamento que rige las prácticas de los aspirantes) reproducido en un número especial de Verfügungen und Mitteilungen des Ministeriums der Justiz (Disposiciones y Comunicaciones del Ministerio de Justicia) publicado en agosto de 1959.

<sup>7</sup> Benjamin, op. cit., pág. 692.

medio de comprobación para determinar si el graduado presuntamente destinado a desempeñar el cargo de juez o de fiscal reúne efectivamente los requisitos para el ejercicio de sus futuras funciones (Art. 15 de la Ley Orgánica Judicial, véase ut supra).

Por lo que respecta a la elección de los jueces del Tribunal Supremo, que con arreglo a las disposiciones legales anteriormente vigentes son elegidos por la Cámara del Pueblo por un período de cinco años, no se ha introducido modificación alguna. Son propuestos a la Cámara del Pueblo por el Consejo de Ministros. Los jueces de los tribunales departamentales son elegidos por las asambleas departamentales, los jueces de los tribunales de distrito son elegidos en los distritos rurales por la asamblea de distrito, en los distritos urbanos por la asamblea de concejales y, siempre que se constituyen departamentos urbanos, por la asamblea departamental urbana, ascendiendo la duración del mandato a tres años (Art. 19

de la Ley Orgánica Judicial).

El procedimiento electoral recientemente introducido para la designación de los jueces de tribunales de distrito y departamentales se distingue apenas, al ser examinado con algún detenimiento, del "procedimiento menos democrático" consistente en su nombramiento por el ministro de Justicia. En la actualidad se verifica, desde luego, una votación por los órganos locales de representación popular - asamblea departamental, asamblea de distrito, asamblea de concejales, asamblea urbana departamental - pero no se trata en modo alguno de una votación que implique una elección entre diversos aspirantes. El ministro de Justicia determina en primer lugar el número de jueces que habrán de ser elegidos para cada uno de los tribunales en cuestión y propone, de acuerdo con los comités del "Frente Nacional" del respectivo órgano local de representación popular, un número de candidatos equivalente al de las plazas a proveer (Art. 19, parrafo 4° de la Ley Orgánica Judicial). Así por ejemplo, para proveer tres plazas de jueces de un tribunal de distrito que habrán de ser cubiertas por elección, recibirá la asamblea de distrito una propuesta electoral que comprenderá tres nombres. No tiene pues posibilidad de efectuar una selección; todo lo más, podría rechazar uno de los candidatos propuestos alegando su carencia de idoneidad. Pero realmente no cabe la posibilidad de que este caso se presente, toda vez que la propuesta de elección emanada del ministro de Justicia se habrá efectuado necesariamente de pleno acuerdo con el "Frente Nacional", cuyos representantes constituyen asimismo el órgano representativo local. De hecho, la interposición del "Frente Nacional" prescrita actualmente por la ley no modifica en lo más mínimo el procedimiento seguido hasta ahora, ya que el ministro de Justicia no podía tampoco anteriormente designar a nadie si la fuerza dirigente en el "Frente Nacional", es decir, el Partido Socialista Unificado de Alemania, no daba su aquiescencia. Contrastando con las predicciones de Ulbricht, resulta que la elección de los jueces no ha hecho que la justicia sea "más democrática"; Hilde Benjamin, ministro de Justicia, ha guardado la iniciativa decisiva. Así se infiere con meridiana claridad de lo preceptuado en el artículo 19, párrafo 5 de la Ley Orgánica Judicial:

"De entre el número de los jueces elegidos nombrará el ministro de Justicia los directores de los tribunales de distrito y departamentales y los jueces de categoría superior de los tribunales departamentales."

Sobre la designación de los titulares de estas funciones judiciales superiores no ejercerán, por consiguiente, ninguna influencia los órganos de representación popular.

Después de la elección presentarán los jueces ante el respectivo órgano de representación popular la promesa siguente:

Me obligo solemnemente en mi calidad de Juez de la República Democrática Alemana a desempeñar mis funciones con arreglo a los principios fundamentales de la Constitución, a velar constantemente por la incondicional observancia de la legalidad socialista y a actuar en todo momento sin reserva alguna en pro de la victoria del socialismo en la República Democrática Alemana, en pro de la continuidad en la obra de consolidación del Estado de trabajadores y campesinos, en pro de la restauración democrática de la unidad de Alemania y en pro de la Paz.

Las primeras elecciones de jueces para los tribunales de distrito y departamentales tuvieron lugar del 15 de octubre al 30 de noviembre de 1960.8 El resultado fue el que se esperaba: De entre los candidatos, cuyo número ascendía aproximadamente a un millar, que habían sido propuestos para su elección por la titular del Ministerio de Justicia, Hilde Benjamin, de conformidad con los comités de distrito y departamentales del "Frente Nacional", no fue rechazado ninguno por los órganos locales de representación popular. De esta forma se evidenció que la verdadera razón de ser de estas elecciones de jueces se hallaba en la "agitación electoral" y en la valoración y explotación de la misma con fines políticos y asimismo en la aspiración a situar a la judicatura en una posición de depenrencia todavía más recalcada con respecto al Partido Socialista Unificado de Alemania.

En el curso del período de actividad electoral que había comenzado en 1º de septiembre de 1960 tuvieron lugar millares de

9 Neue Justiz (Nueva Justicia), 1960, pág. 740.

<sup>8 1.</sup> Durchführungs-Bestimmung zum Richterwahlgesetz (Disposición primera para la ejecución de la ley sobre la elección de jueces) – Gesetzblat der Deutschen Demokratischen Republik (Diario Oficial de la República Democrática Alemana), Parte I. 1960, pág. 248.

reuniones públicas electorales, en las cuales los candidatos a jueces tenían que presentarse a la población y debatir con los ciudadanos de sus futuras demarcaciones. Uno de los resultados de estas exhibiciones, que por cierto habían tenido en vista desde el primer momento los funcionarios comunistas, eran "los compromisos por parte de los trabajadores de superar sus planes de producción o de llevar a efecto otras realizaciones sociales". Así, por ejemplo, la Brigada Vorwärts ("Adelante"), afecta a las Fábricas de Calderas de Vapor de Halle, se obligó, en honor de las elecciones a jueces, a tener terminados para el 20 de octubre de 1960 un número determinado de tubos y, de esta forma, conseguir un avance de cuatro días en la ejecución del plan. En la Cooperativa Agrícola de Producción Einheit ("Unidad") existente en Plösznitz, los afiliados contrajeron el compromiso de entregar en todo caso la cantidad de leche asignada, a pesar de las grandes dificultades a las que tenían que hacer frente, y de aumentar sus aportaciones al fondo cultural en un uno por ciento. Hubo habitantes de la sección electoral 17 del Distrito Sur de Halle que con ocasión de la presentación de candidatos se obligaron a trabajar horas extraordinarias suplementarias en la "Obra de Reconstrucción Nacional", a la que ya cooperaban, y en otras reuniones de carácter electoral hubo jóvenes trabajadores que se declararon dispuestos a ingresar en el "Éjército Popular Nacional". El hecho de que todas estas promesas espontáneas, de cuyo cumplimiento por cierto muy rara vez se vuelve a oir hablar, no tienen nada que ver con la elección de los jueces, es cosa tan perfectamente sabida como indiferente para los funcionarios del Partido y del Estado; lo principal es haber hallado el medio de propulsar la explotación de la fuerza de trabajo humana.

El hecho de que los jueces sean elegidos por un período de tres o de cinco años no significa que, durante el tiempo que dura su mandato, no puedan ser separados de su cargo, toda vez que el principio normativo de la intrasmisibilidad e inamovilidad de los jueces no rige en la zona de ocupación soviética, al igual de lo que sucede en todo el bloque oriental. Con arreglo al artículo 25 de la Ley Orgánica Judicial todo juez de un tribunal de distrito o de un tribunal departamental podrá ser separado de su cargo por la representación popular que lo hubiera elegido, previa conformidad del ministro de Justicia, siempre que concurra alguna de

las circunstancias siguientes:

que hubiere cometido alguna infracción a la Constitución o a cualesquiera otras leyes o hubiere faltado gravemente de otro modo a las obligaciones que le incumben en calidad de juez;

que hubiere sido condenado a una pena judicial por sentencia firme; que llegaren a descubrirse hechos concernientes a su conducta anterior a la elección que, de apreciarse todas las circunstancias inherentes al caso, constituyan un impedimento para la prosecución en el desempeño de sus funciones.

Podrá asimismo ser separado de su cargo siempre que deje de estar física o intelectualmente capacitado para el desempeño de sus funciones. Con arreglo a la Ley Orgánica Judicial de 2 de octubre de 1952, los jueces nombrados por el ministro de Justicia podrán ser separados de su cargo por él mismo antes del término de su mandato, después de oída la Junta de Jefes del Ministerio de Justicia. En virtud de la nuevas disposiciones de la Ley Orgánica Judicial (art. 25) queda, desde luego, transferida la facultad de separar del cargo al órgano de representación popular que haya elegido el juez, pero sólo podrá hacer uso de estas atribuciones "de conformidad con el ministro de Justicia". Cuando no sea posible obtener dicha conformidad, puede darse por seguro que el criterio sustentado por el ministro de Justicia habrá de prevalecer; también a estos efectos continúa la potestad decisiva en manos de la Administración de Justicia, como anteriormente. Un juez del Tribunal Supremo podrá ser separado de su cargo por la Cámara del Pueblo en iguales circunstancias, una vez recabado el dictamen de la Comisión de Justicia de la referida Cámara Popular. Antes de adoptar una resolución sobre la eventual separación de su cargo, se requerirá al iuez respectivo para que manifieste lo que estime pertinente a este respecto; no existe para el juez medio alguno formalmente reconocido de recurrir en derecho o de formular queja contra el acuerdo por el que se le separe de su cargo.

Los jueces contra los cuales se halle pendiente un procedimiento de separación de su cargo o contra quienes se hubieran promovido diligencias judiciales podrán ser suspendidos provisionalmente en el desempeño de sus funciones hasta la conclusión del procedimiento (artículo 31 de la Ley Orgánica Judicial). En estos casos de suspensión provisional de funciones no interviene para nada la representación popular. Esta facultad corresponde con respecto a los jueces del Tribunal Supremo al Consejo de Ministros, con respecto a los demás jueces al ministro de Justicia. Al órgano de representación popular que haya elegido el juez se le dará meramente cuenta de dicha suspensión provisional de funciones. De esta forma se garantiza que un juez que haya dejado de ser persona grata para los gobernantes de la zona soviética no habrá de continuar en su cargo ni un día más de lo que les parezca pertinente.

La disposición, en virtud de la cual un juez podrá ser separado de su cargo cuando "falte gravemente a sus obligaciones" es realmente típica de la legislación de la zona soviética. Resulta ser tan elástica, que de hecho es susceptible de ser utilizada para toda clase de fines. Se ha vuelto aún más elástica desde que el artículo 18 de la Ley Orgánica Judicial ha venido a enumerar las "obligaciones básicas del juez". A tenor del mismo, viene obligado el juez, en particular:

a vivir con arreglo a los principios básicos de la moral socialista 10, como asimismo a colaborar de un modo activo y ejemplar en la obra de reconstrucción socialista, a perfeccionar constantemente su formación política y profesional, a ejercer vigilancia y participar activamente en la labor política entre los trabajadores.

Es evidente que, habiendo interés en ello, es cosa fácil descubrir una falta cometida contra alguna de las obligaciones enunciadas, lo que por sí sólo permite separar de su cargo a todo juez que haya dejado de ser persona grata.

La disposición cuarta para ejecución de la Ley Orgánica Judicial de 14 de diciembre de 1961 (Gesetzblatt, parte II, pág. 517) regula la participación de los consejos locales y de las representaciones populares locales en la substanciación de los procedimientos disciplinarios y de separación del servicio promovidos contra los jueces. Al presidente del consejo de distrito o, en su caso, al del consejo departamental, se les dará cuenta de toda propuesta sobre iniciación de un procedimiento disciplinario contra un juez, del acuerdo de incoar el expediente, del término que se señale para su tramitación y de la resolución final del mismo. El presidente podrá participar en las actuaciones. Siempre que concurran en un juez motivos que justifiquen su separación del cargo con arreglo al artículo 25 de la Ley Orgánica Judicial, incitará el ministro de Justicia al presidente del consejo de distrito o, en su caso al del consejo departamental a que promueva una propuesta de separación del cargo

<sup>10</sup> De esta forma resulta que el "Decálogo de la Moral Socialista" promulgado por Ulbricht en el V. Congreso del Partido Socialista Unificado de Alemania ha adquirido de hecho fuerza de ley para los jueces de la zona de ocupación soviética. He aquí el contenido del referido decálogo:

<sup>1.</sup> Actuarás siempre en pro de la solidaridad internacional de la clase obrera y de todos los trabajadores, como asimismo en pro de la alianza indestructible de todos los países socialistas.

<sup>2.</sup> Amarás a tu Patria y estarás siempre dispuesto a poner todas tus fuerzas y aptitudes al servicio de los poderes de los trabajadores y campesinos.

<sup>3.</sup> Ayudarás a poner fin a la explotación del hombre por el hombre.

<sup>4.</sup> Realizarás una labor provechosa para el socialismo, toda vez que el socialismo conduce a una vida mejor para todos los trabajadores.

<sup>5.</sup> En la labor constructiva del socialismo intervendrás cooperando a la misma en un espíritu de ayuda mutua y de buen compañerismo para el trabajo en común, dentro del respeto al colectivo y considerando su crítica como cosa propia.

Velarás por la protección y el acrecentamiento de la propiedad del Pueblo. 7. Te esforzarás constantemente por lograr el perfeccionamiento de tus

trabajos, te mostrarás ahorrativo y contribuirás a la consolidación de la disciplina socialista.

<sup>8.</sup> Educarás a tus hijos en un espíritu de paz y socialismo, de forma que lleguen a ser personas dotadas de una cultura general, de firmeza de carácter y de buen temple corporal.

<sup>9.</sup> Vivirás aseada y decentemente y honrarás a tu familia. 10. Mostrarás tu solidaridad para con los pueblos que luchan por la independencia de su país y los que defienden su independencia nacional.

cerca de la representación popular local. Cuando tales motivos fueren conocidos primeramente del presidente del consejo de distrito o del consejo departamental, vendrán éstos obligados a recabar la conformidad del ministro de Justicia antes de proponer al consejo de distrito o al consejo departamental un acuerdo sobre la moción de separación del servicio que proceda elevar a la representación popular local. No existe, pues, posibilidad alguna de tramitar un procedimiento de separación del servicio sin la conformidad del ministro de Justicia.

## 2. Legalidad socialista y parcialidad de la jurisprudencia

En la Ley Orgánica Judicial consta expresamente que en la democracia popular denominada "República Democrática Alemana" no se reconoce ya el principio de la división de poderes: los Tribunales de Justicia son "órganos del poder democrático popular unitario" (artículo 1°, frase segunda). Esta inserción de los Tribunales de Justicia en el conjunto de los órganos del Estado está llamada a mostrar - contrastando con el "Estado capitalista burgués" la calidad más elevada alcanzada mediante el logro de la instauración de la "democracia socialista". 11 A los Tribunales de Justicia se les considera para lo sucesivo responsables, conjuntamente con todos los demás órganos del Estado, del cumplimiento del objetivo económico esencial; con arreglo al artículo 2º de la Ley Orgánica Judicial, la jurisprudencia ha de servir la "victoria" del socialismo. Los Tribunales de Justicia han de contribuir mediante su actuación "a que se resuelvan satisfactoriamente, dentro del ámbito de su competencia, los problemas estatales, en particular, a que se cumplan los planes económicos" (artículo 2°, apartado 2°). Esta exigencia de la ley corresponde asimismo al principio de la unidad del poder del Estado: los Tribunales de Justicia, al igual que todos los demás órganos del Estado, están llamados en primer lugar a contribuir a la consecución del objetivo político final y de las realizaciones que constituyen los fundamentos económicos del mismo; la solución del problema económico principal constituye el programa concreto que rige también para los Tribunales de Justicia.12 La consecuencia lógica de ello es que cualesquiera resoluciones judiciales que no se consideren favorables para la "victoria del socialismo" o que incluso se califiquen como perjudiciales a este objeto adolecerán necesariamente de falta de consistencia. Semejantes resoluciones implicarían una contravención al precepto

Hilde Benjamin, op. cit., Neue Justiz ("Nueva Justicia"), 1959, pág. 689 y ss.
 Hilde Benjamin, op. cit., pág. 691.

legal conforme al cual la jurisprudencia ha de servir la victoria del socialismo y tendrían forzosamente que considerarse como infracciones a la "legalidad socialista" y, por consiguiente, sin validez alguna. El artículo 2° de la Ley Orgánica Judicial señala, como se ve, el principio axiomático de caracter jurídico-político en el que habrá de inspirarse la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia de la zona soviética.

Alrededor del concepto "legalidad socialista" han surgido en la zona de ocupación soviética reiteradas y diversas discusiones y controversias. Del contenido de las mismas se infiere claramente, desde el primer momento, que no cabe hablar en modo alguno de una comparación o una equiparación del susodicho concepto con conceptos propios del mundo occidental y que, desde luego, no tiene nada que ver con la idea del Estado de derecho. 18 Además, resulta evidente, que el principio de la legalidad socialista no tiene trascendencia positiva para la seguridad jurídica del ciudadano considerado como individuo, aún cuando los jurisconsultos y los funcionarios judiciales de la zona soviética quisieran poder demostrar que la estricta observancia de la legalidad socialista redunda en interés de la seguridad jurídica para los ciudadanos. Se admite, desde luego, que "el reconocimiento incondicional de las leyes constituye una parte esencial de la legalidad socialista",14 lo que, empero, "no debe conducir a una relación de tipo positivista, incompatible con las normas de la dialéctica, con respecto a la ley". 15 Sería, por consiguiente, erróneo el pretender identificar sin reserva alguna "legalidad socialista" y "positivismo legislativo". Se distinguen perfectamente rasgos de positivismo en la jurisprudencia y la ciencia jurídica de la zona soviética, lo cual se explica por el afán de observar la legalidad, pero son de mucho mayor alcance los argumentos derivados del principio de la legalidad socialista que en la práctica hacen posible aplicar toda norma en cualquier forma, interpretar cualquier norma jurídica en sentido contrario o, en tanto aparezca necesario, considerarla superada por el tiempo y caída en desuso.

Lo que deba entenderse por "legalidad socialista" y cuáles hayan de ser los resultados concretos que necesariamente haya de

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Cfr. Bilinsky, Begriff und Entwicklung der sozialistischen Gesetzlichkeit (Concepto y desenvolvimiento de la legalidad socialista) en Studien des Instituts für Ostrecht (Estudios del Instituto de Derecho Oriental), Munich, 1959, tomo 8, págs 5 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Hilde Benjamin, Das 7. Plenum des Zentralkomitees der SED und die Arbeit der Justizorgane (La 7a. reunión plenaria del Partido Socialista Unificado de Alemania y la labor de los órganos de la Justicia) en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1960, pág. 1 y ss. (pág. 4).

<sup>(</sup>Nueva Justicia), 1960, pág. 1 y ss. (pág. 4).

<sup>15</sup> Leymann/Petzold, Zum Wesen der sozialistischen Gesetzlichkeit in der DDR (De la naturaleza de la legalidad socialista en la República Democrática Alemana) en Staat und Recht (Estado y Derecho), 1959, pág. 691.

producir la estricta observancia de dicha legalidad, es cosa que se determina con arreglo a la situación que presente de momento la lucha de clases: los puntos esenciales y los problemas fundamentales a resolver en la marcha hacia el socialismo/comunismo señalados por el Partido Socialista Unificado son los que determinan en cada momento lo que ha de considerarse como legalidad socialista. Al proceder de esa forma, puede darse el caso - y es cosa generalmente admitida - que determinadas normas jurídicas ya no se hallen en consonancia con las necesidades legales, es decir, que por tal motivo ya no favorezcan el desenvolvimiento del orden socialista, sino que, por el contrario, constituyan una rémora para el mismo. 16 Si llegaren a aplicarse semejantes normas entorpecedoras, aún cuando fuere con invocación de la legalidad socialista, ello no dejaría de constituir una manifestación de normatismo despectivo hacia los principios de la dialéctica, contra el cual hay que luchar enérgicamente. Esto es lo que principalmente viene a decir con toda claridad el profesor Karl Polak, colaborador científico del Partido Socialista Unificado de Alemania.<sup>17</sup>

Ahora bien, mientras Polak saca la consecuencia de que pudiera resultar oportuno desviarse de tales normas de derecho cuando lo requiera el ritmo del desenvolvimiento de la situación, siempre que dicha necesidad sea reconocida por la dirección del partido, insiste, por su parte, la Sra. Hilde Benjamin, ministro de Justicia, en que toda rectificación de esa índole quede encomendada exclusivamente a los órganos centrales del Estado: los órganos subalternos tienen únicamente el derecho y la obligación de denunciar (o, mejor dicho, de "señalar") en virtud de indicaciones pertinentes de los ciudadanos o de sus propias comprobaciones dónde y en qué momento las leyes vigentes han dejado de estar en consonancia con el desenvolvimiento de la situación. Sólo así es posible conseguir

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Heinicke, Über die Aufgaben der Arbeitsgerichte im Jahre 1959 ("Sobre los problemas con los que han tenido que enfrentarse los Tribunales en el año 1959") en Arbeitsrecht (Derecho Laboral), Cuaderno 4°, pág. 101.

año 1959") en Arbeitsrecht (Derecho Laboral), Cuaderno 4°, pág. 101.

17 E. Polak, Zur Dialektik der Staatslehre ("De la dialéctica de la doctrina del Estado"), Berlín – Este, 1959; del mismo autor: Zur Lage der Staats- und Rechtswissenschaft in der Deutschen Demokratischen Republik ("Del estado actual de las ciencias políticas y jurídicas en la República Democrática Alemana") en Staat und Recht ("Estado y Derecho"), 1959, págs. 1326 y ss. y 1960, págs. 1 y ss.

Una exposición precisa del concepto sustentado por Polak y otros jurisconsultos de la zona de ocupación soviética y un análisis crítico a este respecto lo da S. Mampel en *Dialektik und Recht* ("Dialéctica y Derecho") en *Jahrbuch für Ostrecht* ("Anuario de Derecho Oriental"), Munich, 1960, tomo I, págs.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Hilde Benjamín, Das 7. Plenum des Zentralkomitees der SED und die Arbeit der Justizorgane (La 7a. reunión plenaria del Comité Central del Partido Socialista Unificado de Alemania y la labor de los órganos de la Justicia) en Neue Justiz ("Nueva Justicia), 1960, pág. 1 y ss.

que el principio de la legalidad socialista sea aplicado de consuno con el "centralismo democrático". Esta divergencia de criterio entre los Sres. Polak e Hilde Benjamin es, desde luego, de naturaleza meramente teórica y en la práctica judicial no conduce a resultados distintos en cuanto a la aplicación del principio de la legalidad socialista que, en realidad, sólo viene a ser uno de los medios destinados a asegurar el dominio exclusivo del Partido del Estado Comunista:

La legalidad socialista es observada por parte de un Tribunal, siempre que las leyes de nuestro Estado hayan sido examinadas a fondo desde el punto de vista político y se apliquen de conformidad con los objetivos de la República Democrática Alemana... El principio de la legalidad socialista impone a los Tribunales de Justicia la obligación de lograr que la substanciación de todo procedimiento y toda sentencia impliquen una contribución a la labor consolidadora de los poderes de los trabajadores y campesinos y de conseguir que la población adquiera plena conciencia de que nuestro ordenamiento jurídico coincide con los intereses de los ciudadanos". 19

El principio de la legalidad socialista halla su complemento en el principio de la parcialidad de la jurisprudencia, formando ambos una unidad dialéctica.<sup>20</sup> <sup>21</sup>

Esta parcialidad debe consistir en que toda resolución judicial tome conscientemente partido en pro de la justa causa de las masas trabajadores y, obrando así, sirva los intereses inmediatos de esta misma clase. Empero, como, por otra parte, resulta que la conciencia de las masas trabajadoras todavía no presenta un carácter unitario y tampoco es susceptible de formarse espontáneamente, es por lo que la clase necesita ser dirigida por el grupo que posee los antecedentes científicos acerca del desenvolvimiento de la sociedad y los debidos conocimientos sobre el curso seguido por la Historia de la Humanidad. Este grupo dirigente de la clase – la "vanguardia" – es lo que pretende que sea el partido comunista, es decir, en la zona de ocupación soviética, el Partido Socialista Unificado de Alemania.<sup>22</sup> Si la parcialidad de la jurisprudencia ha de redundar en beneficio del interés de la clase (es decir, de los poderes de los trabajadores y campesinos, del proletariado), habrán de tomarse en consideración por tal motivo, ante todo, los argumentos y resoluciones

Gericht und Rechtsprechung in der DDR (El Tribunal y la Jurisprudencia en la República Democrática Alemana), 3er cuaderno suplementario a la Revista Schöffenzeitschrift (Revista de los Jurados), diciembre de 1956, pág. 11.
 Arbeitsprogramm des Ministeriums der Justiz (Programa de Trabajo del Ministerio de Justicia) en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1954, pág. 322.
 Hilde Benjamin, Die dialektische Einheit von Gesetzlichkeit und Parteilichkeit durchsetzen (Necesidad de llevar a efecto la unidad dialéctica de legalidad y parcialidad) en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1958, pág. 36.
 Cfr. artículo 126 de la Constitución de la URSS, asimismo Polak Zur Dialectik in der Staatslehre (De la dialéctica en la doctrina del Estado), Berlín-Este, 1959, pág. 201.

del partido comunista que dirige la clase; éste será el requisito previo indispensable para "llegar a la recta aplicación de las leves en el sentido preconizado por el Partido y el Gobierno". 23 La observancia de los principios de la legalidad y la parcialidad socialista tendrá, por consiguiente, el significado siguiente:

En la resolución judicial habrá de reflejarse la perfecta disposición a llevar a efecto las resoluciones adoptadas por el Partido, la clase obrera y el Gobierno 24 o también aplicar la ley con arreglo al principio de parcialidad significa aplicarla en forma que corresponda al criterio de la mayoría de los trabajadores y, con ello, a los objetivos políticos del partido de la clase obrera y del Gobierno. Esto implica, empero, al propio tiempo, un reconocimiento pleno y una aplicación efectiva de la unidad dialéctica de los conceptos de legalidad y parcialidad.<sup>25</sup>

De esta forma se impone a los Tribunales de Justicia la obligación de conseguir en primer término la realización efectiva de las resoluciones y medidas adoptadas por el Partido Socialista Unificado. Con persistente reiteración se exige de los jueces de la zona soviética que actúen con un criterio de consciente parcialidad, que "resuelvan con arreglo al ideario del Partido en calidad de hombres políticos",26 toda vez que:

mientras mayor sea el grado de parcialidad con que desempeñen sus trascendentales funciones, tanto mayor será, a su vez, la fuerza de convicción que toda acta de acusación, todo informe de letrado y toda sentencia han de poseer como medio de persuasión de las masas.<sup>27</sup>

No hay, por consiguiente, motivo para extrañarse de ver reproducidas literalmente con alguna frecuencia, en resoluciones judiciales, decisiones de partido y otras disposiciones emanadas del Partido Socialista Unificado de Alemania, a los fines de fundamentar el fallo. Obra, consecuentemente, de conformidad con la exigencia de una auténtica "parcialidad" de la jurisprudencia el ministro de Justicia, Sra. Hilde Benjamin, al exponer en la revista oficial Neue Justiz ("Nueva Justicia") la posición que adopta con respecto

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Hilde Benjamin en el IV. Congreso del Partido Socialista Unificado de

Alemania Neue Justiz (Nueva Justicia) 1954, pág. 223.

24 Melsheimer, Sozialistische Gesetzlichkeit im Strafverfahren (Legalidad socialista en el procedimiento criminal) en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1956, págs. 289 a 295.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Hilde Benjamin Die dialektische Einheit von Gesetzlichkeit und Parteilichkeit durchsetzen ("Hay que llevar a la práctica la unidad dialéctica de los conceptos "legalidad" y "parcialidad") en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1958, pág. 368.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Böhme, Den neuen Schöffen auf dem Weg (Guía itinerario para los nuevos jurados) en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1955, pág. 327.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Benjamin/Melsheimer, 10 Jahre demokratischer Justiz in Deutschland ("10 años de justicia democrática en Alemania") en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1955, págs. 259 a 266.

a cada reunión plenaria del Comité Central del Partido Socialista Unificado y definir, en consecuencia, las nuevas tareas que habrán de encomendarse a la Justicia:

Las resoluciones del Comité Central del Partido de la Clase Obrera contienen siempre valiosas indicaciones para todos los órganos del Estado; orientan llamando ante todo en forma particularmente significativa la atención de los órganos de Justicia acerca de aquellas cuestiones que en cada momento tienen mayor importancia, a las que han dedicar toda su solicitud. La puesta en práctica rápida de las instrucciones recibidas constituye una obligación rigurosamente impuesta a todos los colaboradores en el ámbito de la Justicia, ante todo, para los Jueces, Fiscales y Notarios.<sup>28</sup>

Por tal razon, no vemos en ellas (en las resoluciones del Partido, nota del autor) tan sólo nuevas indicaciones de índole política general, sino que constituyen las bases para la adopción de medidas perfectamente concretas que hemos de adoptar dentro del ámbito de la...

Mediante realizaciones de este género se consigue que resoluciones del Partido se vean elevadas a la categoría de leyes. A pesar de este nexo, determinante de una dependencia tan manifiesta del juez con respecto al partido de la clase obrera, se insiste porfiadamente en recordar el principio de la independencia judicial contenido en el artículo 127 de la Constitución y en el artículo 7 de la Ley Orgánica Judicial. La Sra. Hilde Benjamin entiende que, a su juicio, la independencia judicial aparece garantida a pesar "del hecho de hallarse los camaradas jueces sometidos a las directivas políticas de nuestro Partido que, por cierto, les son particularmente necesarias, puesto que también rigen para con ellos las atribuciones inherentes a la función dirigente encomendada al Partido". 30 Si Melsheimer llega a decir que "el juez ha de tener en todo momento plena conciencia de que administra justicia en nombre de los trabajadores y que es responsable ante ellos", 31 la consecuencia lógica es que el juez tendrá que responder ante el Partido Socialista Unificado de las resoluciones que dicte, toda vez que se considera

<sup>28</sup> Das 17. Plenum der SED und die Aufgaben der Justiz auf dem Dorfe ("La 17a reunión plenaria del Partido Socialista Unificado de Alemania y las tareas de la Justicia en los pueblos") en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1954,

pág. 97.
<sup>29</sup> Die Ergebnisse de 21. Plenums des ZK der SED und die Arbeit der Organe der Justiz ("Los resultados de la 21. reunión plenaria del Comité Central de Partido Socialista Unificado de Alemania y la labor de los órganos de la Justicia") en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1954, pág. 679.
<sup>30</sup> Die sozialistische Gesetzlichkeit strikt verwirklichen ("Realizar cumplida-

<sup>30</sup> Die sozialistische Gesetzlichkeit strikt verwirklichen ("Realizar cumplidamente la legalidad socialista") en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1956, págs. 228 y 229.

<sup>31</sup> Sozialistische Gesetzlichkeit im Strafverfahren ("La legalidad socialista en el procedimiento criminal") en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1956, pág. 294.

evidente que el "Partido de la Clase Obrera" representa la parte más ilustrada y progresiva de la población trabajadora. En último término viene a confirmar esta opinión el funcionario del Comité Central, Josef Streit, al decir: "Hay una serie de jueces y fiscales que no han llegado a darse cuenta con la debida claridad de los problemas esenciales de nuestra política. ... No aciertan a comprender que tienen contraída una gran responsabilidad ante el Partido, puesto que han sido instituidos en sus funciones en calidad de camaradas y que, como miembros que son del Partido, se hallan también sometidos al control por el Partido; son, pues, responsables ante el Partido de todos sus actos". 32 Esta nexo de dependencia con respecto a un partido político implica, empero, la pérdida de la independencia judicial. Las diferentes medidas aisladas que vienen a acabar radicalmente con la independencia de los jueces no son realmente otra cosa que la aplicación efectiva del principio de la "parcialidad" de la jurisprudencia.

## 3. La responsabilidad de los jueces

Disposiciones de reconocida importancia acerca de la relación existente entre los órganos judiciales y las representaciones populares locales y los consejos locales (örtliche Volksvertretungen, örtliche Räte) figuran ya en la "Ley sobre los órganos locales del poder estatal" (Gesetz über die örtlichen Organe der Staatsmacht) de 18 de enero de 1957.33 Con arreglo a la misma, las representaciones populares locales (die örtlichen Volksvertretungen) — asamblea departamental, asamblea de distrito, junta de concejales y representación comunal — tienen, dentro de su ámbito jurisdiccional la calidad de órganos supremos del poder estatal (artículo 1° de la ley). El artículo 8 preceptúa con toda claridad:

Los órganos de la Justicia y del Ministerio Fiscal que actúen dentro del ámbito jurisdiccional de las representaciones populares locales (im Zuständigkeitsbereich der örtlichen Volksvertretungen)... colaborarán estrechamente con las representaciones populares locales y las respetarán y ampararán en su calidad de órganos supremos del poder dentro de su ámbito jurisdiccional.

Las representaciones populares locales estarán facultadas para recabar de los dirigentes responsables de los órganos, empresas e instituciones enunciados en el párrafo primero, todo género de informes acerca de cuantas cuestiones se hallen comprendidas dentro del marco de su jurisdicción.

33 Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik (Diario Oficial de la República Democrática Alemana), Parte I, pág. 65.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Für einen neuen Arbeitsstil in der Justiz ("Por un trabajo de nuevo estilo en la Justicia") en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1958, pág. 369.

De conformidad con los principios generales enunciados, les ha sido conferido a las representaciones populares locales en virtud del artículo 8, párrafo tercero, de la Ley, el derecho de crítica con respecto a la labor de los Tribunales en todos aquellos casos en que una actuación deficiente por parte de estos últimos "viniere a dificultar la solución de los problemas planteados ante las representaciones populares locales, la labor constructiva del socialismo y el desenvolvimiento de la vida democrática". La asamblea de distrito podrá, por consiguiente, ejercer su crítica con respecto al tribunal de distrito, la asamblea departamental tendrá esas mismas atribuciones con respecto al tribunal departamental. El tribunal en cuestión "vendrá obligado a dar a conocer su actitud en relación con dicha crítica en el término de cuatro semanas", lo que quiere decir que, de hecho, tendrá que justificarse ante la representación popular. Esta nueva restricción de la independencia judicial ha de considerarse como una derivación de la tesis, con arreglo a la cual "el juez es responsable ante el pueblo".

Sobrepasando las disposiciones contenidas en la "Ley sobre los órganos locales del poder estatal", el artículo 5 de la Ley Orgánica Judicial establece para lo sucesivo, sin consideración de ninguna clase, para todos los jueces de los tribunales de distrito v departamentales, la obligación de rendir cuentas ante las representaciones populares locales competentes al efecto. Estas rendiciones de cuentas están destinadas a mostrar en qué proporción han logrado los jueces dar solución, mediante la jurisprudencia emanada de sus resoluciones y merced a sus demás actividades, a los problemas estatales y económicos planteados dentro de su demarcación, limitada al ámbito de un distrito o comprensiva de un departamento. según sea el caso. Por otra parte, interesa proporcionar de este modo, a la representación popular local, una oportunidad para hacer valer su influencia sobre los principios que han de informar la jurisprudencia. El artículo 5 de la Ley Orgánica Judicial establece, además, una conexión íntima entre los Tribunales y los órganos locales del poder estatal, lo que implica un enlace con los centros burocráticos de la Administración del Estado. Los jueces "tomarán en consideración las cuestiones enunciadas en los acuerdos de los órganos locales del poder estatal, en particular, por medio de referencias al desarrollo de la criminalidad o relativas a otras decisiones que aparezcan fundadas en un estudio analítico de la jurisprudencia o en la labor política efectuada entre los trabajadores". Con ello se obliga a los jueces a desenvolver sus actividades con arreglo a los puntos esenciales del plan económico (plan septenal) dentro del distrito o del departamento. No deberán permitir que la marcha de la Justicia dependa de la "espontaneidad", aguardando impasiblemente a conocer cuáles son los casos que hayan de serles sometidos para su resolución, sino que habrán de intervenir

activamente, al efecto de sentenciar asuntos judiciales que contribuan a resolver los problemas económicos que presenten mayor interés. Lo que el juez logre hacer constar en su informe de rendición de cuentas acerca de esta colaboración obligada con los órganos locales del poder estatal, tendrá un valor decisivo para la acogida por parte de la representación popular y para la actitud de la misma con respecto al juez. La trascendencia de este nexo de nueva creación entre el juez y los órganos locales del poder estatal sólo puede apreciarse debidamente poniéndolo en relación con la ley sobre la elección de jueces 34 y con las disposiciones relativas a la separación del cargo de los jueces. El principio de la responsabilidad frente a las "masas trabajadoras" que han elegido los jueces a través de las representaciones populares, está destinado a mostrar. de un modo particularmente impresionante, la democracia en el régimen interior del Estado. Ahora bien, como por otra parte las representaciones populares locales se encuentran también sometidas a las exigencias directivas del Partido Socialista Unificado, que incluso las aplica con especial dureza en lo que respecta a dichas representaciones populares, resulta todavía más acentuada la dependencia de los jueces del Partido Socialista Unificado a causa de la supeditación a las representaciones populares locales establecida por la legislación actual. Esta "democratización de la justicia" da, precisamente, lugar a que se eche de menos algo que interesaría grandemente a la población conseguir: la seguridad jurídica merced a la actuación de una Justicia independiente de todo género de influencias partidistas, que verdaderamente sólo estuviera sometida a la Constitución y a la Ley.

## 4. Orientación y control de la jurisprudencia por la Administración de Justicia

Bajo el título incoloro y carente de interés para el jurista occidental "Relaciones del Ministerio de Justicia con los Tribunales" quedó fijado en el artículo 13 de la nueva Ley Orgánica Judicial un principio tomado de la legislación soviética, del que hasta entonces sólo se había hecho mención en estatutos, reglamentos administrativos, directivas y artículos de publicaciones, si bien ejercía de años atrás una influencia decisiva sobre la jurisprudencia de los tribunales de la zona soviética: el principio de "Orientación y Control". El susodicho artículo 13 dispone a este respecto:

Los tribunales de distrito y los tribunales departamentales serán orientados y controlados en sus actividades por el Ministerio de Justicia. La orientación y el control están destinados a garantizar el cumplimiento de los objetivos de la jurisprudencia y de la labor política entre los

<sup>34</sup> Véase ut supra, pág. 152.

trabajadores. Habrán de hacerse igualmente extensivos a la colaboración entre el tribunal y los órganos locales del poder estatal y garantizarán, en todo caso, que el tribunal coopera efectivamente mediante sus actividades a alcanzar los objetivos resultantes de los acuerdos de las representaciones populares locales y de sus consejos.

Existen diversas formas de efectuar el control y la orientación. La revisión (visita de inspección) de los tribunales a la antigua usanza, que regularmente tenía lugar una vez al año y comprendía el conjunto de las actividades del tribunal respectivo, ha ido perdiendo importancia con el transcurso del tiempo y ha sido reemplazada por la instrucción, la cual puede efectuarse de dos maneras: en forma de instrucción individual por un instructor de la Administración de Justicia o, de otro modo, en forma de instrucción llevada a efecto por una de las llamadas "brigadas mixtas". El concepto de la "instrucción" se llegó a formar "a raíz de la actividad orientadora que la Administración de Justicia hubo de llevar a cabo con motivo del fallo definitivo de la causa criminal contra los responsables de la rebelión de junio". 35 Según parece, Hilde Benjamin, durante su viaje de estudios a través de la Unión Soviética efectuado en 1952, había dedicado particular atención a la influencia ejercida por la Administración de Justicia sobre la Jurisprudencia. Después de los sucesos del 17 de junio de 1953 y una vez que la Sra. Hilde Benjamin había sido nombrada ministro de Justicia, sacó las consecuencias prácticas de sus impresiones de viaje. Formó un "Estado Mayor de Operaciones", del cual formaban parte, además de ella misma, el fiscal general, doctor Melsheimer, varios magistrados del Tribunal Supremo, algunas miembros del Ministerio Público adscritos a la Fiscalía Suprema, como asimismo diversos oficiales letrados del Ministerio de Justicia. Las juezas del Tribunal Popular Grube y Neumann fueron nombradas "instructores". Viajaban a través de toda la zona y sometían por teléfono (generalmente durante la horas de la noche) a uno de los miembros del "Estado Mayor de Operaciones", que se hallaba de guardia en el edificio del Tribunal Supremo, los casos pendientes de sentencia por los sucesos del 17 de junio. Si el funcionario de guardia estimaba que los hechos eran claros y que no había temor de complicaciones, daba a conocer su decisión acerca de la pena que procedía imponer al instructor que había de llamarle por teléfono; en otro caso, suspendía toda decisión hasta la mañana siguiente, después de haber dado cuenta a la Sra. Benjamin. Cuando esta última había decidido en definitiva, le era comunicada por teléfono la resolución correspondiente al instructor. Los instructores transmitían a su vez

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Se trata del alzamiento popular del 17 de junio de 1953. La cita procede de Hilde Benjamin, *Der Instrukteur – Helfer und Berater* ("El instructor, auxilar y consejero)" en *Neue Justiz* (Nueva Justicia), 1954, pág. 285.

a los jueces encargados de redactar la sentencia las consignas a las que estos últimos venían obligados a atenerse. Oficialmente no se hablaba, desde luego, en el "Estado Mayor de Operaciones" de

consignas, sino de "ayuda a los jueces".

La orientación (Anleitung) creada en aquella ocasión para un complejo determinado se hizo extensiva sistemáticamente a todo el ámbito del derecho penal y civil y al notariado estatal; los instructores comenzaron a desempeñar sus actividades en el Ministerio de Justicia de la zona de ocupación soviética y en las oficinas de Administración de Justicia de los distritos. La suma importancia atribuida a estas actividades se colige del nombramiento del anterior presidente del Tribunal de Apelación de Berlín-Este, Sr. Ranke, para el desempeño de las funciones de delegado del ministro de Justicia, siéndole confiadas al proprio tiempo la alta dirección y la inspección del conjunto del servicio de instructores del Ministerio de Justicia. Su misión consiste, conjuntamente con la ejecución de instrucciones cerca de las oficinas departamentales de Administración de Justicia y de los tribunales departamentales, en continuar "calificando" a los instructores en el Ministerio y en los distritos, toda vez que "la actividad del instructor implica la transmisión inmediata de la dirección política de arriba hacia abajo. El instructor es el portavoz de todo lo nuevo que ha de ponerse al alcance del juez. Actúa al propio tiempo de auxiliar y de consejero político. Toda nueva etapa de nuestro desarrollo político, estatal y jurídico habrá de ser comprendida por él en primer lugar para que, de esa forma, pueda transmitirla con toda fidelidad." 36

Con los nuevos preceptos del artículo 13 de la Ley Orgánica Judicial quedaron legalmente implantados los servicios de los instructores en la Justicia de la zona. Además hace responsable al ministro de Justicia de cuidar, mediante la aplicación de las medidas pertinentes, que la jurisprudencia de los tribunales sirva "la victoria del socialismo". Una de estas medidas consiste en la promulgación del "Reglamento de Trabajo para las Oficinas de Administración de Justicia" <sup>37</sup> dictado por el ministro de Justicia, Sra. Hilde Benjamin, con fecha 30 de noviembre de 1960, en virtud del cual quedan confiados para lo sucesivo el control y la orientación de los tribunales departamentales y de los tribunales de distrito a las Oficinas de Administración de Justicia de los respectivos departamentos. "A estos fines, la jurisprudencia, en su calidad de misión primordial de los tribunales, habrá de constituir el objeto principal de la orien-

36 Hilde Benjamin, op. cit., pág. 290.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Reproducido en Verfügungen und Mitteilungen des Ministeriums der Justiz ("Disposiciones y comunicaciones del Ministerio de Justicia") publicadas con el aditamento: "nur für den Dienstgebrauch" ("sólo para uso en el servicio"), número especial de diciembre de 1960.

tación." (Artículo 2, párrafo 2 del Reglamento de Trabajo), aunque, por otra parte, habrán de hacerse también extensivos el control y la orientación a la labor política de los tribunales entre los trabajadores, conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley Orgánica Judicial de un modo taxativo. Los instructores del Ministerio de Justicia habrán de interpretar, en su calidad de encargados de ejecutar las órdenes del ministro, las consignas fundamentales, dando a conocer al propio tiempo el criterio sustentado por el Ministerio y los resultados de la experiencia adquirida por el mismo. "Asesorarán y ampararán al jefe de la Oficina de Administración de Justicia en el desempeño de sus funciones directivas y ayudarán a los instructores de la Oficina de Administración de Justicia a resolver sus problemas" (artículo 1, párrafo 2º del Reglamento de Trabajo). El jefe o director de la Oficina de Administración de Justicia ejercerá funciones de control y orientación con respecto a los directores de los tribunales, en tanto que la misión principal de los instructores agrupados en la Sección Jurídica de la Oficina de Administración de Justicia consistirá en orientar y controlar la jurisprudencia de los tribunales de distrito y de los tribunales departamentales (artículo 14 del Reglamento de Trabajo). La orientación tendrá como objetivo primordial conseguir la inclusión de la jurisprudencia, conforme al plan preestablecido, entre las actividades dirigentes de índole estatal de las representaciones populares locales, como igualmente la estricta observancia de la legalidad socialista. Como método principal a seguir por los instructores en el ejercicio de sus actividades se establece el de la "orientación operativa inmediata" (artículo 17 del Reglamento de Trabajo). Esta puede efectuarse en forma de "instrucciones y de agregaciones a brigadas en colaboración con los instructores de la Sección de Personal Dirigente (Abteilung Kader) o en brigadas mixtas", como asimismo por medio de conferencias, seminarios, estudios comparativos del rendimiento obtenido, aplicación evaluativa de datos estadísticos y mediante publicaciones.

Los instructores de la Administración de Justicia deberán cuidar de que todas las resoluciones judiciales estén inspiradas en un espíritu de parcialidad consciente. Si, no obstante, el artículo 7 de la Ley Orgánica Judicial preceptúa "que los jueces gozarán de independencia en el ejercicio de su función jurisprudencial y únicamente estarán sujetos a la Constitución y a la Ley", lo que realmente se infiere de esta disposición es que la parcialidad de la jurisprudencia y una labor orientadora destinada a crear o a fomentar esta parcialidad se declaran a todo trance perfectamente compatibles con el criterio imperante en la zona de ocupación sovié-

<sup>38</sup> Véase ut supra.

tica acerca de la independencia judicial.<sup>39</sup> El hecho de intervenir coactivamente en el ejercicio del libre arbitrio judicial mediante las directivas orientadoras del instructor en una forma verdaderamente intolerable para cuantos sustenten un criterio basado en el concepto del Estado de derecho, no constituye, con arreglo al punto de vista imperante en la zona de ocupación soviética, una infracción al principio de la independencia judicial, puesto que las intervenciones aludidas se efectúan al solo objeto de impedir que puedan prevalecer en la jurisprudencia tendencias adversas a determinada clase social (calificadas de "antipopulares"). Es digno de tenerse en cuenta, que la zona de ocupación soviética, al establecer la sujeción legal de los Tribunales a la Administración de Justicia, muestra una tendencia manifiestamente divergente con respecto a la evolución observada en la Unión Soviética. Allí, después de disuelto el Ministerio de Justicia de la URSS, 40 la conexión íntima que había hasta entonces entre la Administración de Justicia y los Tribunales (control administrativo) no ha sido desde luego abandonada por completo, pero ha quedado considerablemente atenuada en algunas Repúblicas de la Unión.41 Por lo que respecta a la zona de ocupación soviética, ha manifestado el ministro de Justicia, Sra. Hilde Benjamin, ya en 1957, que los jueces necesitaban, como hasta entonces, la orientación y el control por el Ministerio de Justicia. 42 Este criterio es el que ulteriormente ha hallado su expresión en el artículo 13 de la Ley Orgánica Judicial.

Con ello queda cerrado el ciclo: legalidad socialista – parcialidad de la jurisprudencia – responsabilidad frente a las masas trabajadoras y las representaciones populares locales – control y orientación por la Administración de Justicia. El sistema ha llegado a formar un verdadero cinturón fortificado alrededor del campo de la jurisprudencia, con ayuda del cual se aspira a evitar cualesquiera resoluciones erróneas desde el punto de vista político o indeseables.

Consideradas como una aplicación de orden práctico del principio de la parcialidad y del "centralismo democrático", las posibilidades con que cuenta el sistema para influir sobre los jueces son muy diversas. A más de la crítica por las representaciones populares locales y de la orientación por el instructor, el propio Partido Socialista Unificado cuenta también con una posibilidad para hacer valer su influencia sobre los jueces, en todo caso, sobre aquellos que pertenecen al mismo en calidad de afiliados. Ahora bien, un

Por ejemplo: Helsheimer en Neue Justiz (Nueva Justicia), 1956, pág. 289.
 Decreto de 31 de mayo de 1956.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Cfr. Dirnecker en Recht in Ost und West ("El derecho en Oriente y en Occidente"), 1957, pág. 232 y la misma revista Recht in Ost und West, 1959, pág. 117.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Staat und Recht im Lichte des Grossen Oktober ("Estado y derecho a la luz del octubre famoso") en VEB Deutscher Zentralverlag, Berlín, 1957.

95 por ciento de todos los jueces se encuentran en esta situación. En cada tribunal existe, lo mismo que en todo centro administrativo y en toda "empresa de propiedad popular" (volkseigener Betrieb), una organización del Partido dentro de la entidad o del servicio respectivos (Betriebsparteiorganisation). En las reuniones y conferencias de dicha organización del Partido se ven también obligados a participar los "camaradas" jueces. Aquí se le presenta al Partido la posibilidad de transmitir a los jueces, por mediación del presidente de la organización del Partido dentro del servicio o de los organizadores del grupo correspondiente, sus indicaciones y sus deseos. La disciplina de partido exige tomar en consideración esas indicaciones, aún en los casos en que vayan encaminadas a influir de un modo inmediato sobre el ejercicio del libre arbitrio judicial. Como se ve, la representación popular local, la Administración de Justicia y hasta el Partido actúan sobre los jueces mediante directivas orientadoras. En tales condiciones, no queda ya espacio para la independencia judicial.

WALTHER ROSENTHAL \*

<sup>\*</sup> Presidente del Comité de Investigación de los Juristas Libres, Berlín.

## NOTAS

## LA INSTITUCIÓN DEL "OMBUDSMAN" Y SU POSIBLE ADOPCIÓN EN GRAN BRETAÑA

En octubre de 1961 "Justice", sección británica de la Comisión Internacional de Juristas, publicó un importante informe,\* al que se denomina corrientemente Informe Whyatt, que versa sobre la solución de las diferencias entre el ciudadano y la Administración. Para comprender plenamente el carácter de las propuestas que se hacen en el Informe, es necesario tener presentes sus antecedentes en general.

## Antecedentes históricos

Lo mismo que los gobiernos que se enfrentan con problemas análogos en otros países, los sucesivos Gobiernos británicos han puesto en práctica por primera vez en este siglo una gran masa de leyes sociales y económicas que han tenido por efecto intensificar cada vez más las relaciones entre el particular y la Administración, por ejemplo, en esferas tales como los regímenes de previsión social, los subsidios a los ex combatientes y la indemnización por las tierras objeto de expropiación forzosa por las entidades públicas. En caso de controversia con la Administración, el ciudadano británico carecía de la posibilidad de recurrir a tribunales especiales o de entablar un procedimiento con vistas a impugnar los actos del poder ejecutivo. En Gran Bretaña no ha habido jamás un sistema comparable al Consejo de Estado francés o a los Tribunales Administrativos alemanes. Además, hasta 1947 el ciudadano no podía demandar a la Corona (es decir, a los departamentos ministeriales) por daños extracontractuales que dieran lugar a responsabilidad civil. Sin embargo, gradualmente fueron instituyéndose por obra de la ley tribunales administrativos para entender en las quejas presentadas por las partes en estas diferencias, aunque durante algún tiempo no se sabía exactamente si los tribunales eran órganos auxiliares de la Administración o si debían resolver las diferencias entre el ciudadano y el departamento correspondiente. Como resultado de la campaña

<sup>\*</sup> The Citizen and the Administration: the Redress of Grievances, informe preparado por "Justice", sección británica de la Comisión Internacional de Juristas; director del estudio, sir John Whyatt; introducción de sir Oliver Franks, G.C.M.G., K.C.B., C.B.E.; prefacio de lord Shawcross, Q.C., presidente de "Justice". Publicado en Londres por Stevens & Sons, Ltd., xiv + 104 págs. Precio: 10 chelines y 6 peniques.

de críticas formuladas principalmente por abogados, contra los departamentos ministeriales, se nombró en 1929 la Comisión para el estudio de las atribuciones de los ministros (denominada también Comisión Donoughmore), con la tarea de investigar los poderes ejercidos por los ministros tanto en la esfera legislativa como en la cuasi judicial. Las recomendaciones de la Comisión no se tradujeron en leyes, pero su labor contribuyó a poner de relieve las extensísimas atribuciones que posee el poder ejecutivo en la actualidad. Mientras tanto, siguió aumentado el número de tribunales administrativos; conviene explicar aquí que no se consideraba a éstos como parte integrante del sistema de tribunales de justicia ordinarios, aunque el Tribunal Supremo estuviera facultado para revisar sus decisiones en ciertos casos por medio de los tradicionales mandamientos de certiorari, prohibición y mandamus. Después de la segunda guerra mundial se promulgaron más leyes sociales y otro jalón fue marcado en 1955 por el nombramiento de la Comisión de Encuestas y Tribunales Administrativos (denominada Comisión Franks) con el mandato siguiente:

Realizar estudios y presentar recomendaciones sobre:

a) La constitución y funcionamiento de los tribunales distintos de los tribunales de justicia ordinarios, instituidos en virtud de una ley del Parlamento por un ministro de la Corona o para facilitar el ejercicio de las funciones del ministro.

b) La aplicación de los procedimientos administrativos que comprenden la celebración de una encuesta o audiencia por un ministro, o en su nombre, para examinar un recurso o para atender a objeciones o gestiones, y en particular la aplicación del procedimiento seguido para la expropiación forzosa de tierras.

La Comisión, cuyo informe apareció en 1957, estudió muy detenidamente el sistema de tribunales administrativos y presentó varias recomendaciones importantes; llegó a la firme conclusión de que la función básica de los tribunales administrativos era resolver objetivamente las diferencias entre las partes y declaró además que las características de todos los tribunales debían ser la publicidad, la equidad y la imparcialidad. Entre las recomendaciones de la Comisión figuraba la de crear dos Consejos de Tribunales Administrativos, con autoridad sobre todos los tribunales transferidos bajo su jurisdicción. En 1958 el Gobierno llevó a la práctica esta recomendación con la creación del Consejo de Tribunales Administrativos. Una solución al creciente problema del derecho administrativo que la Comisión Franks sí rechazó, como la había rechazado la Comisión Donoughmore, fue la propuesta creación de una sala administrativa del Tribunal Supremo, idea expuesta en el folleto The Rule of Law editado en 1955 por la "Inns of Court Conservative and Unionist Society".

En armonía con su mandato, la Comisión Franks limitó su encuesta a los casos para los que ya existe un procedimiento formal

de recurso ante un tribunal administrativo. No examinó la amplia esfera de acción estatal en la que el ciudadano no podía presentar una queja ante un tribunal administrativo contra un órgano del Gobierno porque no existía tribunal ni procedimiento legal y en la que, por consiguiente, no había medio legal de conseguir satisfacción.

Ahora bien, desde hace unos años se tiene en Gran Bretaña cada vez más conciencia de que, en caso de diferencia entre los departamentos ministeriales y el particular, el Estado tiene muchas más posibilidades de victoria. Varios casos notorios, de los que el más conocido fue el de Crichel Down, han hecho resaltar las insuficiencias de lo que podría llamarse sistema para la presentación de quejas y agravios. No por eso debe creerse que el ciudadano británico carece de medios para oponerse a los actos de la Administración. Muy al contrario. Además de los procedimientos legales que pueden culminar en un juicio ante un tribunal administrativo, el ciudadano puede siempre realizar gestiones ante el departamento ministerial competente y tratar así de conseguir satisfacción. Puede también presentar el caso a su diputado, que investigará la queja en su nombre y planteará la cuestión en la Cámara de los Comunes en caso necesario; este procedimiento puede dar lugar a la realización de una encuesta oficial por orden del Gobierno, con el carácter de encuesta ministerial o de encuesta conforme a la Ley de 1921 sobre los tribunales administrativos de investigación. Puede igualmente pedir asesoramiento y ayuda a una organización representativa como las Oficinas de Asesoramiento del Ciudadamo y puede, por fin, procurar que la prensa airee sus agravios.

## El Informe de "Justice"

En 1959 "Justice" decidió llevar a cabo una encuesta independiente propia y nombró su propia Comisión de personalidades,¹ tres abogados y un economista, con el mandato siguiente:

Examinar la eficacia de los medios existentes para investigar las quejas contra las decisiones o actos administrativos de los departamentos ministeriales y de otros organismos públicos, en caso de que no haya un tribunal administrativo u otro procedimiento legal para atender a las quejas, y estudiar la posibilidad de introducir mejoras en tales medios, teniendo particularmente en cuenta la institución escandinava del "ombudsman".

¹ La Comisión estaba formada por los siguientes: sir John Whyatt, ex presidente del Tribunal Supremo de Singapur; el Sr. Norman S. Marsh, director del Instituto Británico de Derecho internacional y Comparado y ex secretario general de la Comisión Internacional de Juristas; sir Sydney Caine, director de la Escuela de Economía de Londres, y el Dr. H. W. R. Wade, profesor de Derecho inglés en la universidad de Oxford. Lord Shawcross, presidente de "Justice", debía dirigir en principio las deliberaciones de la Comisión, pero no pudo participar con eficacia en sus trabajos. Ejerció efectivamente la presidencia el Sr. Marsh.

"Justice" se proponía, pues, estudiar la esfera de actividad estatal en la que se había abstenido de entrar la Comisión Franks por razón de su mandato, es decir, la esfera especial y muy importante en la que no había "un tribunal administrativo u otro procedimiento legal" para atender a las quejas contra los actos de la Administración. Es necesario dar aquí algunas explicaciones sobre la posición y las funciones del "ombudsman" escandinavo mencionado en el mandato de la Comisión. Desde 1809 el "ombudsman" ha sido en Suecia el agente del Parlamento que tiene por misión cerciorarse de que los funcionarios públicos cumplen sus obligaciones y tomar medidas si no lo hacen; para su labor el "ombudsman" puede recibir e investigar las que la presenten los particulares contra los actos de la Administración. En 1955 Dinamarca creó la institución del "ombudsman" en analogía con la institución sueca. La institución existe también en Finlandia y es probable que en 1962 entre en vigor el proyecto de ley destinado a crear el comisario noruego para la Administración Civil. Por último, debe tenerse presente que en estos momentos el Parlamento de Nueva Zelandia tiene pendiente de examen un proyecto de ley destinado a nombrar un comisario parlamentario de Investigaciones con atribuciones muy parecidas a las del "ombudsman" escandinavo.

El Gobierno británico manifestó interés por las conclusiones del Informe de "Justice" y declaró al Parlamento que debía aplazarse hasta su terminación la adopción de medidas en esta esfera del derecho administrativo. Por consiguiente, este Informe objeto de amplia publicidad previa fue acogido con interés especial cuando vio la luz a fines de octubre de 1961.

Preceden al Informe una introducción por sir Oliver Franks, presidente de la Comisión que funcionó con su nombre en 1957, y un prefacio por lord Shawcross, presidente de "Justice". La encuesta había sido confiada a una Comisión, pero se hace constar en el prefacio que su realización ha corrido esencialmente a cargo de sir John Whyatt, director de estudios de "Justice".

Con la excepción del Apéndice A que trata brevemente de las quejas contra las autoridades de administración local, el Informe sólo se refiere a los departamentos del Gobierno central. Ha sido probablemente un acierto de la Comisión Whyatt excluir de su encuesta las quejas contra las autoridades locales, la policía (que está siendo objeto de estudio por una Comisión Real) y las industrias nacionalizadas. Un campo de investigaciones muy extenso quizá habría dado lugar a un catálogo de reformas demasiado amplio y, por ende, inaceptable. El Informe clasifica las quejas de los ciudadanos en dos categorías. Figuran en la primera las dirigidas contra las decisiones discrecionales de los funcionarios, en las que el reclamante discrepa de la manera en que el funcionario ha utilizado sus atribuciones discrecionales pero carece de medios para

hacer oposición. En este caso el ciudadano se queja en efecto de la imposibilidad de recurrir contra la decisión. He aquí un ejemplo de decisión de esta clase consignado en el Informe:

Un médico prescribió un preparado alimenticio especial y agua destilada para un niño que padecía de hipercalcemia. El padre del niño era un trabajador con un sueldo semanal de 9 libras; el coste de los medicamentos era de 9 libras por mes. El facultativo hubiera podido pedir al jefe médico administrativo del Servicio Nacional de Sanidad de su región que se facilitaran los medicamentos gratuitamente, pero no lo hizo. No cabe recurso contra la decisión del médico en casos de esta clase.

Figuran en la segunda categoría las quejas contra los actos que en el Informe se denominan actos de mala administración; el ciudadano se queja en estos casos de la actuación incompetente o injusta que puede dar lugar, por ejemplo, a pérdidas, daños o perjuicios para el ciudadano debido a la ineficiencia, error o negligencia del funcionario o funcionarios. El Informe da un buen ejemplo de los casos de este género que pone de relieve el carácter de las controversias entre el ciudadano y el Estado. He aquí el caso en forma resumida:

X estaba al servicio del organismo nacionalizado de electricidad en calidad de reparador de contadores. Su salud empeoró y los médicos diagnosticaron que su condición se debía a envenenamiento por mercurio resultante de su trabajo como reparador de contadores. X tuvo que ausentarse del trabajo durante largos periodos debido a su enfermedad. En estas circunstancias, presentó una demanda contra el organismo en la que pedía 1.200 libras por pérdida de ingresos y por daños y perjuicios en general. El organismo reconoció que las cifras mencionadas estaban justificadas, pero se negó a aceptar responsabilidad. Durante el juicio se descubrió (después de haberse modificado los escritos) que la demanda de X había prescrito porque el fundamento de la acción se remontaba a una fecha que precedía en más de tres años a la presentación de la querella por X. El juez determinó que la enfermedad de X era directamente imputable a la negligencia del organismo, pero dictó sentencia en favor de éste porque el derecho de X había prescrito. Luego, X hizo valer una lev para reclamar una gratificación. Se le ofrecieron 750 libras y más tarde una suma mayor. Se negó a aceptar estas ofertas y subrayó que, según el organismo, 1.200 libras era la cantidad correspondiente debido a la pérdida de ingresos y en vista de que seguía sufriendo padecimientos considerables. No podía subvenir a sus necesidades debido a su estado de incapacidad permanente y sus ingresos semanales sumaban en total 13 chelines y 6 peniques, percibidos en concepto de subsidio de invalidez. No tenía recursos propios. Se realizaron gestiones en su favor ante el ministro de Combustibles y Energía, quien manifestó que, a su juicio,

no podía intervenir. Luego, el asunto fue objeto de atención por el primer ministro que apoyó al ministro y declaró que se había enterado con ánimo favorable de las circunstancias del caso, pero añadió: "Carece de objeto seguir manteniendo correspondencia".

## Las propuestas del Informe

Las recomendaciones del Informe acerca de la primera categoría de quejas no darán lugar a mucha controversia. Propone crear, en caso necesario y por decisión legislativa, más tribunales y crear también un Tribunal General que entendería de las quejas contra las decisiones discrecionales donde no haya tribunales administrativos. De esta manera el ciudadano tendría siempre el derecho a interponer recurso ante un organismo independiente en relación con las cuestiones en que el funcionario puede ejercer facultades discrecionales. No propone nada radicalmente nuevo a este respecto, pero las propuestas son importantes si se quieren poner efectivamente en práctica las recomendaciones relativas a las quejas de la segunda categoría.

El Informe abre nuevas perspectivas en la segunda serie de recomendaciones. Con casi toda probabilidad, las propuestas darán lugar a controversia pues implican cambios constitucionales. En esta esfera el Informe recomienda el nombramiento de un comisario parlamentario, análogo en muchos aspectos y, por supuesto, diferente en otros, al "ombudsman" escandinavo. El comisario sería un agente del Parlamento y, por consiguiente, no dependería del poder ejecutivo; tendría una situación constitucional análoga en materia de seguridad en el cargo y rango a la del censor e interventor general de cuentas, funcionario que ha comprobado las cuentas públicas durante casi un siglo.

Las que jas que se presenten a la oficina del comisario serán sometidas primero por los diputados solamente, quienes - es de suponer - trasmitirán los agravios de sus representados. Más adelante (transcurridos quizá cinco años), las quejas procederían directamente de los particulares. Antes de que el comisario realizara la investigación de una queja, el ministro al frente del departamento interesado podría interponer su veto, aunque sin duda ese veto habría de ser defendido más tarde ante el Parlamento. Durante la investigación, el comisario tendría acceso a los expedientes de los ministerios, pero éstos no comprenderían la correspondencia interior. Lo mismo que el "ombudsman" escandinavo, el comisario presentaría un informe anual al Parlamento y, en circunstancias especiales, con mayor frecuencia. En cambio, al revés de lo que ocurre con el "ombudsman" escandinavo, no podría abrir sumario en modo alguno contra los funcionarios públicos, a los que jamás se mencionaría nominalmente en los informes al Parlamento. La función del comisario sería investigar, informar y recomendar; sus informes se facilitarían a la prensa. No podría enderezar por cuenta propia los entuertos y tendría la obligación de no intervenir en los casos en que el ciudadano tuviera la posibilidad de presentar una decisión discrecional a un tribunal administrativo para que éste resolviera. Como se ve, un importante requisito previo para el funcionamiento apropiado de la oficina del comisario sería la ampliación del sistema de tribunales administrativos y la creación del Tribunal General, según se recomienda en las propuestas del Informe tratadas más arriba. En efecto, la nueva institución perecería en el momento de nacer si se la abrumaba con un volumen de trabajo correspondiente con mayor propiedad a los tribunales administrativos que examinan las decisiones discrecionales de los órganos ejecutivos.

## Dificultades que se oponen a la aplicación del Informe

Los adversarios de la institución del comisario parlamentario suelen argüir que el "ombudsman" quizá funcione bien en los países pequeños, pero no responde a las condiciones reinantes en Gran Bretaña. Es cierto que, en términos demográficos, Suecia, Dinamarca, Finlandia, Noruega y Nueva Zelandia son países pequeños, pero son también países ejemplares en los que florece verdaderamente la democracia parlamentaria. Se arguye además que en Suecia es indispensable una institución especial de vigilancia porque en este país el funcionario público no responde de sus actos ante los ministros; así, pues, dado que en el Gran Bretaña los funcionarios públicos son responsables ante los ministros, no es necesaria la existencia de una institución de vigilancia análoga al "ombudsman". Este segundo argumento no parece haber sido confirmado por los hechos ni tiene en cuenta la evolución de las circunstancias debida a las leyes de seguridad social y a la consiguiente fiscalización detallada que ejerce la Administración sobre la vida del ciudadano corriente.

Es probable que la resistencia a la aplicación del Informe proceda, caso de haberla, de dos fuentes: del Parlamento y del cuerpo de funcionarios públicos. Al presentar el Informe, sir John Whyatt y sus colegas debieron tener constantemente en cuenta la necesidad básica de formular propuestas aceptables a las fuerzas sociales establecidas. Teniendo en cuenta este factor, han de aceptarse los dos elementos de las propuestas que no son enteramente satisfactorios: el veto del ministro y la tramitación de la queja por conducto del diputado. Es verdaderamente irónico el hecho de que el ciudadano corriente, si comprendiera la finalidad de las propuestas, las acogería con el mayor agrado, y a su servicio están el Parlamento y el cuerpo de funcionarios. Algunos diputados quizá consideren que las propuestas en favor de la institución del comisario parlamentario marcan el comienzo de un sistema que dejará sin efecto uno de los cometidos y privilegios históricos del diputado: el de recibir y escuchar las quejas de sus representados. Pero el Informe hace hincapié

en que el procedimiento parlamentario al alcance de un diputado para conseguir la reparación de los agravios de sus representados ha dejado de ser adecuado. La oficina del comisario ha de ser. pues, un órgano de asistencia y no de reemplazamiento del diputado, que le ayude a recabar justicia en beneficio de su elector. Además, el comisario sería un agente del Parlamento y, por consiguiente, responsable en definitiva ante la Cámara. En todo caso, actualmente el diputado ha de limitarse a menudo a servir de correa de transmisión que comunica la queja o problema al departamento competente para las observaciones o medidas oportunas. Por otra parte. la falta de tiempo afecta a los diputados agobiados de ocupaciones y éstos, en especial si son miembros del Gobierno (actualmente forma parte del Gobierno alrededor del diez por ciento de todos los miembros de la Cámara de los Comunes), no pueden en realidad dedicar el tiempo suficiente a quejas que requieren una atención muy minuciosa, con el resultado probable de que a menudo el diputado tendrá que aceptar la decisión o respuesta de un departamento sin posibilidad de oponerse. Una investigación en nombre de un diputado a cargo de la oficina del comisario sería probablemente más objetiva que una investigación análoga por el cuerpo de funcionarios, ya que demasiado a menudo éstos han de ser juez y parte en el mismo asunto. Lo que antecede no quiere decir que la institución del comisario no recibirá un vigoroso apoyo por parte de muchos diputados. Así, el 30 de octubre de 1961 el Dr. Donald Johnson, diputado de Carlisle e incansable luchador por la justicia individual, presentó una moción en la Cámara de los Comunes para pedir el nombramiento de un comisario parlamentario.

La resistencia del cuerpo de funcionarios al Informe quizá sea más fuerte que la del Parlamento. El anonimato es tradición en este cuerpo y éste tal vez se oponga con vigor a la realización de propuestas por las que el funcionamiento interno de su sistema aparecerá a la vista del público, en particular debido al examen de los expedientes (debe recordarse que este examen es esencial para la eficacia de la labor del comisario). Además, se ha dicho que disminuirá la eficiencia administrativa bajo la amenaza permanente, por así decir, de las investigaciones. Ahora bien, parece cierto que en los países escandinavos los funcionarios públicos no han experimentado ninguna pérdida de prestigio o de eficiencia debido a las investigaciones del "ombudsman". Al contrario, las actividades del comisario podrían realzar todavía más el prestigio de los funcionarios públicos. Para citar el Informe: "El cuerpo de funcionarios públicos quizá llegue a considerar al comisario como un defensor eficaz e imparcial contra los ataques injustificados a los que el funcionario individual no puede responder".

Está justificado prever que la Hacienda tendrá en cuenta el volumen y el coste de la oficina propuesta. A juicio de sir Sydney

Caine, uno de los miembros de la Comisión Whyatt, su coste no sería excesivo: "algunas decenas de millares de libras". En Dinamarca, para atender al millar de quejas que recibe anualmente el "ombudsman" se necesita un servicio de diez personas solamente, comprendidas las secretarias. Análogamente, en Suecia el "ombudsman" tiene un personal muy reducido para ocuparse de unas mil quejas anuales. El tamaño de la oficina del comisario dependería del número de que jas tramitadas, cifra difícil de evaluar dado que, según parece, no se dispone de estadísticas acerca del volumen anual de las quejas examinadas por los diputados. Las cifras consignadas por el Sr. T. E. Utlev en su obra Occasion for Ombudsman<sup>2</sup> quizá sirvan de indicación; según un diputado, su cuota de agravios era de 26 cada dos meses. Esto da un total de 156 casos al año (caso de que esta multiplicación esté justificada). Dando un paso más, obtenemos la cifra un poco inferior a 100.000 quejas al año para todos los diputados, que parece más bien crecida. Es difícil calcular qué porcentaje de esta cifra habría de examinar el comisario, pero un gran número de las quejas se formularían contra las entidades de administración local y, por consiguiente, es de suponer que no figurarían dentro de la esfera de acción del comisario. Por lo demás, varias de las quejas serían de la clase que el Sr. Geoffrey Marshall, en una crítica 3 del Informe Whyatt, describe como "malos modos en la ventanilla". Otra cuestión importante que debe ponerse de relieve es la de que, según el Informe, la Oficina John Hilton de Cambridge, que asesora sobre problemas sociales y económicos y mantiene en consecuencia muchas relaciones con el Gobierno, evacúa anualmente unas 200.000 consultas; así y todo, la Oficina sólo tiene una dotación de 40 personas. El tamaño de la oficina del comisario es, pues, pura materia de estimaciones y cálculos; son probablemente infundados los temores de que su creación supondría el inierto de una burocracia en otra burocracia.4

El Informe ha sido objeto de comentarios favorables en la prensa. En general, el público educado parece desear la introducción de reformas. Quizá haya desanimado a los redactores del Informe el hecho de que, en el debate preliminar celebrado en la Cámara de los Lores el 7 de diciembre, se advirtió una notable ausencia de entusiasmo por las propuestas en algunos oradores influyentes.

Se han manifestado dudas acerca del acierto de presentar el Informe en forma dicotómica, que hace ver la inevitabilidad de cierta duplicación de funciones. Sin embargo, conviene poner de relieve

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> T. E. Utley: Occasion for Ombudsman (Londres, Christopher Johnson, 1961), págs. 43 a 45.

<sup>3</sup> The Lawyer (Londres), vol. 4, núm. 3, otoño de 1961, pág. 29.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> En relación con el número de quejas, véase el interesante artículo del profesor S. A. de Smith en *The Political Quarterly* (Londres, Stevens & Sons, Ltd.), enero a marzo de 1962, vol. 33, núm. 1, págs. 9 a 19.

la necesidad de definir con mucha precisión las funciones del comisario. Por ejemplo, en el Informe se menciona el caso interesante de un preso que estaba cumpliendo una condena de doce años de prisión en el penal de Parkhurst, isla de Wight. El preso pidió al ministro del Interior la transferencia al penal de Bedford, a unos 160 kilómetros, con ocasión de la transferencia mensual corriente para que le pudiera visitar su madre. He aquí el motivo. Su madre anciana (84 años) estaba volviéndose rápidamente ciega y no podía viajar (todos estos hechos se reconocían). Si se desestimaba la petición del preso, su madre no volvería a verle jamás. El caso fue suscitado en la Cámara de los Comunes por el diputado del preso, pero sin éxito: éste no fue transferido. Los funcionarios reconocieron en apariencia que las penalidades eran auténticas, pero consideraron que las circuntancias del caso no bastaban para justificar la transferencia. Ahora bien, a juicio del autor no está absolutamente claro si los casos de esta clase pertenecen a la categoría de asuntos resueltos en virtud de facultades discrecionales contra cuya decisión debiera existir un recurso ante un tribunal, o si es un ejemplo de "mala administración", esto es, una decisión injusta del funcionario en relación con los hechos, que convendría remitir al comisario parlamentario para su investigación e informe imparcial.

#### Conclusión

Sea cual fuere el resultado del Informe, son indiscutibles la excelencia del documento y la oportunidad de las propuestas. Debido a la flexibilidad del sistema constitucional británico, todo lo que se necesita para llevar a la práctica cualquiera de los cambios propuestos en el Informe es la aprobación de una ley por el Parlamento.

Es importante observar que la idea de crear la institución del "ombudsman" se ha difundido en otros países del sistema jurídico anglosajón, además del Reino Unido y Nueva Zelandia. Hace poco tiempo se ha empezado a discutir en la India, donde se cree existen ya más de 110 tribunales administrativos, la posibilidad de crear esta institución, a raíz de la publicación del Informe Whyatt.<sup>5</sup>

Por último, debo añadir que la presentación y edición del Informe es excelente. Es lástima que carezca de índice analítico y que no se relacionen las fuentes, aunque a este respecto quizá sea comprensible que en un informe privado éstas no se hagan públicas. Afea la página 7 una equivocación de poca importancia: en la línea 33 faltan las palabras "of Jurists" después de "Commission".

A. A. DE C. HUNTER \*

<sup>\*</sup> M.A. (Cambridge); colegiado de Lincoln's Inn; abogado; miembro de la Secretaría de la Comisión Internacional de Juristas.

<sup>5</sup> Thought (Delhi), 11 de noviembre de 1961, vol. XIII, núm. 45, pág. 2.

# **DOCUMENTO**

# EL PROYECTO DE CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El proyecto de convención sobre derechos humanos que se reproduce seguidamente fue elaborado y aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en su cuarta reunión, celebrada en Santiago de Chile del 24 de agosto al 9 de septiembre de 1959. El proyecto se remitió al Consejo de la Organización de los Estados Americanos para ser sometido a la 11ª Conferencia Interamericana.

Después del Consejo de Europa, la mayoría de cuyos miembros ha ratificado el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales vigente desde el 3 de septiembre de 1953, la Organización de los Estados Americanos es el segundo organismo interestatal que procura garantizar la protección de los derechos humanos en la esfera internacional por medio de órganos también internacionales: la Comisión Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A juicio de la Comisión Internacional de Juristas, merece atento estudio la idea de buscar de preferencia en un convenio regional y no universal las garantías necesarias para proteger internacionalmente los derechos humanos. Como recordarán nuestros lectores, los juristas africanos que asistieron a la Conferencia sobre el Imperio de la Ley celebrada en Lagos (Nigeria) en enero de 1961 declararon en la Ley de Lagos:

"Animada por el deseo de llevar plenamente a la práctica la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1848, esta Conferencia invita a los gobiernos africanos a que estudien la posibilidad de aprobar una convención africana de derechos humanos, de modo que las Conclusiones de la Conferencia queden garantizadas mediante la creación de un tribunal dotado de la jurisdicción apropiada y al que pueda recurrir toda persona bajo la soberanía de los Estados signatarios."

Al revés del Convenio Europeo, que sólo garantiza los derechos civiles y políticos tradicionales (derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personales, igualdad ante la ley, libertad de conciencia y de religión, libertad de pensamiento y de expresión, libertad de reunión y de asociación, etc.), el proyecto de convención interamericana contiene nada menos que catorce artículos sobre la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (derecho al trabajo, a la seguridad social, a recibir educación, etc.). Para dar

plena efectividad a estos derechos, se prevé que los Estados signatarios "cuidarán de promover un desarrollo constante de la producción y una justa distribución de bienes y servicios, así en lo social como en lo cultural". Para llevar a la práctiça estas disposiciones los Estados signatarios habrán de realizar, desde luego, un vasto programa de reformas y medidas legislativas.

Asistieron a la cuarta reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos representantes de la Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

La delegación de la Argentina, que aprobó el proyecto, formuló empero la reserva siguiente: "Algunos aspectos del proyecto, exceptuando lo referente a la enumeración de los derechos civiles y políticos, no han podido ser objeto del estudio minucioso que requieren materias de tanta importancia". La delegación de los Estados Unidos reservó "su posición respecto al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, como también con respecto a su participación en los organismos que puedan surgir de estos instrumentos." Por último, la delegación de México se abstuvo de votar "por considerar que en la elaboración del proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se procedió con la ponderación y miramiento que demandaba la confección de un instrumento que en tan amplia medida restringe la jurisdicción doméstica y compromete tan gravemente la responsabilidad internacional del Estado."

Reproducimos a continuación el texto íntegro del proyecto de convención. Invitamos al lector a exponer su opinión y a comunicar sus observaciones a la Secretaría de la Comisión Internacional de Juristas.\*

<sup>\*</sup> El texto reproducido es el que figura en el Acta final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, publicada por la Unión Panamericana, Washington, D.C., en septiembre de 1959.

# **DERECHOS HUMANOS**

El Consejo Interamericano de Jurisconsultos,

# CONSIDERANDO:

Que en su Resolución VII la Quinta Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores le encomendó elaborar, en su Cuarta Reunión, un proyecto de convención sobre derechos humanos, autorizándolo para pasar el encargo, en caso de no cumplirlo, al Consejo de la Organización de los Estados Americanos, para que éste comisionara a dicho efecto al Comité Jurídico Interamericano o a la entidad que estimase conveniente; y le encomendó asimismo la elaboración de un proyecto o proyectos de convención sobre la creación de una Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos;

Que en su Cuarta Reunión este Consejo ha elaborado un proyecto de convención concerniente a la parte substantiva en materia de derechos humanos, así como a la parte institucional y procesal respecto de tales derechos, inclusive la creación y funcionamiento de una Corte Interamericana de Derechos Humanos y una Comisión Interamericana de Protección de los Derechos Humanos,

#### RESUELVE:

Remitir al Consejo de la Organización de los Estados Americanos, para los efectos del párrafo 2 de la parte I de la resolución de la Quinta Reunión de Consulta arriba citada, esto es, para ser sometido a la Undécima Conferencia Interamericana y remitido a los gobiernos 60 días antes de la instalación de dicha Conferencia, el siguiente:

#### PROYECTO DE CONVENCION SOBRE DERECHOS HUMANOS

#### PARTE I

#### **DERECHOS HUMANOS**

#### Artículo 1

Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a todos los seres humanos que se encuentien en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

# Capítulo I - Derechos civiles y políticos

#### Artículo 2

- 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
- 2. En los países que no han abolido la pena capital, sólo podrá imponerse la pena de muerte como castigo por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de un tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito.
  - 3. En ningún caso se aplicará la pena de muerte por delitos políticos.
- 4. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

# Artículo 3

- 1. Nadie será sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
  - 2. La pena no podrá trascender de la persona del delincuente.

#### Artículo 4

- 1. Nadie estará sometido a esclavitud o servidumbre, las que están prohibidas en todas sus formas, del mismo modo que la trata de esclavos.
- 2. Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. Esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohibe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de dicha pena impuesta por un tribunal competente.

- 3. Tampoco se considerarán como "Trabajo forzoso u obligatorio" a los efectos de este artículo:
  - a. Los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona legalmente encarcelada.
  - b. El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deban prestar, conforme a la ley, quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia.
  - c. El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; y
  - d. El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

- 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas de antemano por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
- 2. Toda persona detenida será informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
- 3. Toda persona detenida o encarcelada a causa de una infracción penal será llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio.
- 4. Toda persona que se vea privada de la libertad en virtud de arresto o detención, o se viera amenazada de serlo, tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su detención, o amenaza de detención, y ordene su libertad si la detención fuera ilegal. Este recurso podrá interponerse por sí o por otra persona que actúe en su nombre.

#### Artículo 6

- 1. Toda persona tendrá derecho a ser oída con las debidas garantías para la substanciación de cualquier cargo o acusación formulados contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.
- 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se haya probado legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
  - a. A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
  - A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

- c. A ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y a que se le nombre un defensor de oficio, si por cualquier motivo no lo nombrare dentro de un plazo razonable;
- d. A obtener, siempre que sea posible, la comparecencia de los testigos de descargo y su interrogatorio, así como su careo con los testigos de cargo, y a interrogar o a hacer interrogar a unos y otros testigos.
- e. A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.
- f. A no ser obligado a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
- 3. Nadie podrá ser juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas a dicho efecto.

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito

#### Artículo 8

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ingerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y familiar, su domicilio o su correspondencia, y contra ataques contra su honra o reputación.

#### Artículo 9

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión: este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o creencias, así como la libertad de profesar y transmitir su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
- 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
- 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades fundamentales de los demás.

#### Artículo 10

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

- 2. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo precedente no estará sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
  - a. El respeto a los derechos o a la reputación de las demás, o
  - b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
- 3. No se podrá restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como los monopolios oficiales y particulares de papel para periódicos o de enseres y aparatos de difusión, o por cualesquiera otros medios encaminados a obstaculizar la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
- 4. Los espectáculos públicos podrán ser sometidos por la ley a censura previa, con el exclusivo objeto de salvaguardar las buenas costumbres, el prestigio o la seguridad nacionales.

- 1. Toda persona tiene derecho, si fuera afectada por alusiones inexactas o agraviada en publicaciones hechas por la prensa u otros medios de difusión, a que se publique en la misma forma su rectificación o su respuesta.
- 2. La ley regulará los límites y la manera de hacer uso de estos derechos.
- 3. El ejercicio de estos derechos no se opone al de la acción penal que pueda derivar de las publicaciones respectivas.
- 4. Para la efectiva protección del honor y la reputación toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radiodifusión o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

# Artículo 12

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

#### Artículo 13

- 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente.
- 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
  - 3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

- 1. La familia es el elemento natural y fundamental del Estado y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
- 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen las condiciones requeridas para ello por las leyes nacionales.
- 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

#### Artículo 15

Con sujeción a cualesquiera disposiciones legislativas de carácter general del Estado interesado, que establezcan las restricciones que razonablemente puedan ser necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la higiene o la moral públicas, o los derechos y libertades ajenos, y que sean compatibles con los demás derechos reconocidos en la presente Convención:

- a. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho: i) a circular y transitar libremente por él, y ii) a escoger libremente en él su residencia; y
  - b. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
- 2. a. Nadie podrá ser desterrado arbitrariamente.
  - b. Con sujeción a lo dispuesto en el inciso precedente, toda persona tendrá derecho a entrar en su propio país.

#### Artículo 16

Todos los ciudadanos gozarán, con las excepciones que establezcan sus leyes nacionales, las que no pueden comprender ninguna de las distinciones mencionadas en el Artículo 17 de la presente Convención, de los siguientes derechos y opportunidades:

- a. De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b. De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.
- De acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

#### Artículo 17

Todas las personas son iguales ante la ley. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y eficaz contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

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

#### Artículo 19

- 1. En situaciones excepcionales cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en la presente Convención podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
- 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los derechos consignados en los Artículos 2, 3, 4 (párrafo 1) y 7.
- 3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

## Capítulo II - Derechos económicos, sociales y culturales

#### Artículo 20

- 1. Todos los pueblos y todas las naciones tendrán el derecho de libre determinación, es decir, de determinar libremente su estatuto político, económico, social y cultural.
- 2. El derecho de los pueblos a la libre determinación comprende, además, la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales como uno de los medios indispensables a la efectiva realización de los derechos considerados en esta Convención.

#### Artículo 21

- 1. Los Estados reconocen a todos sus habitantes la facultad de gozar de los derechos económicos, sociales y culturales.
- 2. Al mismo tiempo reconocen que el ejercicio de tales derechos sólo podrá tener las limitaciones impuestas por la ley en la medida compatible con la naturaleza de tales derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general de una sociedad democrática.

# Artículo 22

Toda persona tiene derecho al trabajo libremente elegido, realizado en condiciones equitativas y satisfactorias, y a recibir una remuneración que le asegure un nivel de vida conveniente para sí y su familia. La libre elección del trabajo estará condicionada por la capacidad de la persona y por consideraciones de moral, salud y seguridad públicas, de acuerdo a la ley.

Los Estados asegurarán a los trabajadores de toda índole:

- a. la higiene y la seguridad indispensables en las faenas y trabajos;
- b. condiciones de existencia y de trato dignas y adecuadas, no solamente para los trabajadores sino también para sus familias y
- c. la limitación razonable de las horas de trabajo, el derecho a vacaciones periódicas y pagadas y el libre empleo de los días y horas de descanso.

#### Artículo 24

Los Estados garantizarán a todas las personas el libre ejercicio del derecho de fundar, de acuerdo con la ley, organizaciones o sindicatos locales o nacionales y el afiliarse libremente a sindicatos y organizaciones y formados, a fin de proteger sus intereses económicos y sociales.

#### Artículo 25

Los Estados reconocen a todas las personas su derecho a la seguridad social y, con este objeto, establecerán los seguros y sistemas de previsión que las protejan en caso de decrecimiento de aptitudes, de enfermedad o muerte, de invalidez o vejez, de desempleo y de otros riesgos.

#### Artículo 26

Toda persona tiene derecho a constituir una familia y ésta, a la protección de la ley y del Estado. Con este fin se adoptarán las medidas legislativas adecuadas y tendientes a:

- a. defender a la madre, particularmente en estado de gravidez y en el período inmediato al nacimiento del hijo;
- adoptar los disposiciones de salubridad y de higiene que reduzcan la mortalidad infantil y que procuren un normal desarrollo de los niños;
- c. impedir que los niños se vean forzados a trabajar, y a vigilar las condiciones de trabajo de los adolescentes;
- d. fomentar el mejoramiento de la vivienda y la creación de un ambiente familiar digno, que permita dar a los hijos su formación moral en el hogar;
- e. crear condiciones favorables para asegurar la asistencia médica indispensable, preventiva o curativa, y
- f. establecer las asignaciones familiares que contribuyan al fortalecimiento económico de la familia.

#### Artículo 27

Los Estados reconocen a toda persona el derecho a recibir educación, la que deberá inspirarse en principios de moralidad, libertad, tolerancia y solidaridad humana.

- 1. La educación primaria será obligatoria, y gratuita la que imparta el Estado.
- 2. Los Estados se comprometen a facilitar a todos, en igualdad de condiciones, el acceso a la enseñanza secundaria y técnica, así como a los estudios superiores y profesionales y procurarán proporcionar, progresivamente, la gratuidad de la enseñanza en todos los niveles.
- 3. Los padres de familia y los tutores tendrán derecho a escoger para sus hijos menores o pupilos, establecimientos distintos a los creados por las autoridades públicas, en los que no puedan ser contrariados en sus convicciones científicas, religiosas y de cualquier otra índole.
- 4. Los particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y grados, sujetándose a normas mínimas que la ley prescriba y que no atenten contra los derechos humanos enumerados en esta Convención. Será respetada la libertad de cátedra.

#### Artículo 29

Los Estados reconocen a toda persona el derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, beneficiarse y gozar de ella. Los Estados protegerán los derechos que corresponden a los autores de obras científicas, literarias o artísticas y a los inventores, y cuidarán de respetar la libertad indispensable para la investigación científica y para la producción cultural.

#### Artículo 30

Los Estados para realizar el derecho de las personas a la educación, dentro de sus posibilidades económicas, combatirán y se ayudarán mutuamente a combatir de acuerdo con los programas de cooperación que fueran aprobados por los Estados, el analfabetismo, cuya supresión es necesaria para el pleno funcionamiento de un régimen democrático; y, para el perfeccionamiento de la enseñanza y de la cultura, promoverán el intercambio de revistas y libros, los viajes de estudio y el establecimiento de becas.

#### Artículo 31

- 1. Los Estados garantizarán el derecho a la propiedad privada, y su uso, individual o colectivo, estará sujeto al interés social, respetándose siempre la dignidad de la persona humana y las necesidades inherentes a la vida familiar.
- 2. La expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, y mediante indemnización.

# Artículo 32

Para la plena efectividad de los derechos consagrados en esta Convención, los Estados cuidarán de promover un desarrollo constante de la producción y una justa distribución de bienes y servicios, así en lo social como en lo cultural, debiendo contemplar, en sus respectivos planes, tanto los recursos naturales propios de cada país como los que provengan de la cooperación establecida en acuerdos internacionales.

- 1. Ninguna disposición de la presente Convención podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos en la Convención.
- 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Contratante en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que la presente Convención no lo reconoce o lo reconoce con menor amplitud.
- 3. Ninguna disposición de esta Convención podrá ser interpretada con el objetivo de limitar, en cualquier forma, el significado propio de los principios contenidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y en la Declaratión de Santiago de Chile.
- 4. Las restricciones que pueden imponerse, según los términos de la presente Convención, a los derechos y libertades en ella reconocidos, no podrán ser aplicadas con otro propósito o designio que aquél para el cual han sido previstas.

#### PARTE II

#### **ORGANOS**

# Artículo 34

A fin de asegurar la observancia de los compromisos asumidos por las Altas Partes Contratantes en la presente Convención, existirá:

- a. Una Comisión Interamericana de Protección de los Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión; y
- b. Una Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se establecerá con arreglo a la presente Convención, llamada en adelante la Corte.

# PARTE III

Capítulo I
Comisión Interamericana de Protección de los Derechos Humanos
Su Organización y Protección de los Derechos Civiles y Políticos

# Artículo 35

- 1. La Comisión se compondrá de siete miembros y desempeñará las funciones que se señalen más adelante.
- 2. La Comisión estará compuesta de nacionales de los Estados Partes en la Convención, que deberán ser personas de gran prestigio moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia judicial o jurídica.

3. Los miembros de la Comisión ejercerán sus funciones a título personal: representarán a todos los Estados que hayan ratificado o adherido a la presente Convención y actuarán en su nombre.

#### Artículo 36

- 1. Los miembros de la Comisión serán elegidos de una lista de personas que reúnan las condiciones previstas en el Artículo 35 y que sean propuestas al efecto por los Estados Partes en la Convención.
- 2. Cada Estado propondrá ternas de personas, que podrán ser nacionales del Estado que las proponga o de cualquier otro Estado parte en la Convención.
  - 3. Los miembros de la Comisión podrán ser reelegidos.

#### Artículo 37

- 1. Por lo menos tres meses antes de la fecha de la elección de la Comisión, siempre que no se trate de una elección para llenar una vacante declarada de conformidad con el Artículo 41, el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos se dirigirá, por escrito, a los Estados Partes en la Convención, invitándolos a presentar sus candidatos en el término de dos meses.
- 2. El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos preparará una lista, por orden alfabético, de los candidatos que hubieren sido presentados y la comunicará al Consejo de la Organización de los Estados Americanos y a los Estados Partes en la Convención.
- 3. El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos solicitará del Consejo de la Organización de los Estados Americanos que fije la fecha de la elección de los miembros de la Comisión y que elija a dichos miembros de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el párrafo precedente, conforme a las condiciones estipuladas en esta parte de la Convención. En las votaciones del Consejo a que se refiere este párrafo, sólo podrán tomar parte los representantes de los Estados signatorios que hayan ratificado o adherido a la presente Convención.

#### Artículo 38

- 1. En ningún momento podrá ser miembro de la Comisión más de un nacional de cada Estado.
- 2. Para estas elecciones se requerirá el quórum de más de la mitad de los Estados autorizados a participar en la votación, conforme al artículo precedente.
- 3. Serán elegidas las personas que hayan obtenido mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de todos los representantes autorizados a participar en la votación.

#### Artículo 39

1. Los miembros de la Comisión se eligen por cuatro años y podrían ser reelegidos si se les propone para ello. Sin embargo, los mandatos de tres de los miembros elegidos en la primera elección expirarán al cabo de dos años. Inmediatamente después de la primera elección, el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos designará, por sorteo, los nombres de estos tres miembros.

2. Las elecciones que se celebren al expirar el mandato se harán con arreglo a los artículos precedentes de esta parte de la Convención.

#### Artículo 40

En caso de muerte o renuncia de un miembro de la Comisión, el Presidente lo notificará inmediatamente al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, quien declarará vacante el puesto desde la fecha del fallecimiento o desde la fecha en que sea efectiva la renuncia.

#### Artículo 41

- 1. Cuando se declare una vacante de conformidad con el Artículo 40, el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos notificará a cada uno de los Estados Partes en la Convención, los cuales, a los efectos de la elección para llenar el puesto vacante en la Comisión, podrán, si fuere necesario, completar en el plazo de un mes su lista de candidatos disponibles hasta llegar al número de tres.
- 2. El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos preparará una lista, por orden alfabético, de los candidatos así designados y la comunicará al Consejo de la Organización de los Estados Americanos y a los Estados Partes en la Convención. La elección para llenar la vacante se celebrará de conformidad con los Artículos 37 y 38.
- 3. La persona elegida para reemplazar a un miembro cuyo mandato no hubiere expirado ocupará el cargo por el resto del período. Pero si ese mandato expirase dentro de los seis meses siguientes a la declaración de la vacante, de conformidad con el Artículo 40, no habrá designación de candidatos ni se celebrarán elecciones para llenar dicha vacante.

#### Artículo 42

- 1. Con sujeción a lo dispuesto en el Artículo 40, todo miembro de la Comisión desempeñará sus funciones hasta que haya sido elegido un sucesor; pero si con anterioridad a la elección del sucesor la Comisión hubiera iniciado el examen de un asunto, el miembro saliente continuará actuando en este asunto en lugar de su sucesor.
- 2. Todo miembro de la Comisión que haya sido elegido para llenar una vacante declarada de conformidad con el Artículo 40, se abstendrá de actuar en un asunto en cuyo examen haya participado su predecesor, a menos que no pudiera obtenerse el quórum provisto en el Artículo 47.

#### Artículo 43

Los miembros de la Comisión percibirán emolumentos en la forma y condiciones que el Consejo de la Organización de los Estados Americanos determine teniendo en cuenta la importancia de las funciones de la Comisión.

# Artículo 44

1. El Secretario de la Comisión será un alto funcionario de la Unión Panamericana, elegido por la Comisión de una terna presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos.

- Se declarará elegido al candidato que obtenga el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de todos los miembros de la Comisión.
- 3. El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos pondrá a disposición de la Comisión y de sus miembros el personal y los servicios necesarios. El personal pertenecerá a la Unión Panamericana.

- 1. El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos convocará a la primera sesión de la Comisión en la sede de la Unión Panamericana.
  - 2. Después de su primera sesión, la Comisión se reunirá:
    - a. Cuantas veces lo estime necesario;
    - b. Cuando se le someta un asunto con arreglo a lo dispuesto en los Artículos 48 y 49; y
    - c. Cuando sea convocada por su Presidente o a petición de cuatro, por lo menos, de sus miembros.
- 3. La Comisión se reunirá en la sede de la Organización de los Estados Americanos, o en cualquier otra capital americana, según lo decida por mayoría absoluta de votos de todos sus miembros.

#### Artículo 46

Antes de entrar en funciones, los miembros de la Comisión declararán solemnemente, en sesión pública de la Comisión, que ejercerán sus poderes con toda imparcialidad y conciencia y como representantes de todos los países que integran la Organización de los Estados Americanos, y que hayan ratificado la presente Convención.

# Artículo 47

- 1. La Comisión elegirá su Presidente y su Vicepresidente por un período de un año. Ambos podrán ser reelegidos. El primer Presidente y el primer Vicepresidente serán elegidos en la primera sesión de la Comisión.
- 2. La Comisión establecerá su propio reglamento, en el cual se dispondrá, entre otras cosas:
  - a. Que cinco constituirán quórum;
  - b. Que las decisiones de la Comisión se tomarán por mayoría de votos de los miembros presentes y que, en caso de empate, el Presidente decidirá con su voto; y
  - Que la Comisión celebrará sus audiencias y sesiones a puerta cerrada.

- 1. Si un Estado Parte en la Convención considera que otro Estado Parte no cumple alguna de las disposiciones del Capítulo I de la Parte I de la Convención, podrá llamar la atención de dicho Estado mediante una comunicación escrita. En un plazo de tres meses, contados desde la fecha de recepción de la comunicación, el Estado que la reciba proporcionará al Estado reclamante una explicación por escrito sobre el asunto, que haga referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los usos nacionales y a los recursos empleados, en trámite o que puedan utilizarse al respecto.
- 2. Si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambas partes en un plazo de seis meses después que el Estado al que se dirija la reclamación haya recibido la primera comunicación, cualquiera de ambos Estados tendrá derecho a someter el asunto a la Comisión, mediante notificación por escrito dirigida al Secretario de la Comisión y al otro Estado interesado.
- 3. Con sujeción a las disposiciones del Artículo 50, en los casos graves y urgentes la Comisión podrá, a solicitud del Estado reclamante, examinar el caso sin demora en cuanto reciba esa solicitud, de conformidad con las facultades que le confiere esta Parte de la Convención y previa notificación a los Estados interesados.

#### Artículo 49

1. La Comisión podrá recibir las peticiones que le sean dirigidas por cualquier persona o grupo de personas, o por asociaciones o corporaciones legalmente reconocidas por la autoridad pública, en las cuales se alegue haber sufrido la violación por un Estado Parte en esta Convención, de cualquiera de los derechos reconocidos en el Capítulo I, Parte I, de la misma.

#### Variante A

2. Todo Estado podrá en el momento de depósito de su instrumento de aceptación de la presente Convención, declarar que no acepta, en todo o en parte, el régimen de peticiones previsto en el párrafo precedente. En tal caso, no se aplicarán a este Estado las disposiciones de los Artículos 49 y 51 y la parte pertinente de los Artículos 52, 53, 56 y 74, en cuanto se refieren a peticiones.

#### Variante B

2. Todo Estado podrá en el momento del depósito de su instrumento de aceptación de la presente Convención, declarar que acepta, en todo o en parte, el régimen de petíciones previsto en el párrafo precedente.

La Comisión sólo podrá recibir las peticiones cuando el Estado contra el cual se haya dirigido la queja reconozca la competencia de la Comisión para recibir tales peticiones.

- 3. Tales declaraciones, que podrán hacerse por un período específico, se depositarán en la Unión Panamericana, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados signatarios de la presente Convención, y las publicará.
- 4. La Comisión ejercerá las facultades previstas en este artículo cuando al menos seis de los Estados ratificantes se hallen comprometidos por las declaraciones hechas de acuerdo con el párrafo 2.

1. Salvo los casos de denegación de justicia, la Comisión sólo conocerá de los asuntos que le sean sometidos cuando se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.

2. Si la Comisión tuviere conocimiento de que al peticionario le fue impedido arbitrariamente por las autoridades de su país el acceso a los recur-

sos judiciales, podrá admitir la denuncia que se le someta.

#### Artículo 51

- 1. La Comisión no dará curso a ninguna petición presentada en aplicación del Artículo 49, cuando:
  - a. Sea anónima; y
  - b. Sea esencialmente la misma petición examinada precedentemente por la Comisión o sometida ya a otra instancia internacional de investigación o de arreglo pacífico y no contenga hechos nuevos.
- 2. La Comisión declarará inadmisible toda petición presentada conforme al Artículo 49, cuando juzgue que tal petición es incompatible con las disposiciones de la presente Convención, manifiestamente infundada o abusiva.
- 3. La Comisión rechazará toda petición que considere inaceptable por aplicación del Artículo 50.

#### Artículo 52

Cuando se hubiere planteado un caso ante la Comisión en aplicación del Artículo 48, o cuando la Comisión hubiere dado trámite a una petición formulada con arreglo al Artículo 49, la Comisión:

- a. Con el fin de establecer los hechos, procederá a un examen contradictorio del asunto planteado o de la petición, previa citación de los representantes de las Partes, y, si ello es necesario, a una investigación, para cuya eficaz realización los Estados interesados proporcionarán todas las facilidades necesarias, después de cambiar puntos de vista con la Comisión;
- b. Se pondrá a disposición de las partes interesadas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en la presente Convención.

# Artículo 53

Cuando se ha sometido un asunto a la Comisión de conformidad con el Artículo 48, o se ha formulado una petición con arreglo al Artículo 49 y se ha dado trámite a la misma, el Estado reclamante, el Estado contra el que se haya presentado la reclamación o petición, cualquier Estado Parte en la presente Convención y el individuo o entidad no gubernamental peticionario, podrán presentar exposiciones por escrito a la Comisión y tendrán derecho a estar representados en las audiencias en que se examine el asunto y a hacer exposiciones verbales.

La Comisión está facultada para pedir a los Estados interesados cualquier información que estime pertinente sobre los asuntos que examina.

#### Artículo 55

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del párrafo b del Artículo 52, la Comisión redactará un informe que será transmitido a los Estados interesados y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización. Este informe se reducirá a una breve exposición de los hechos y de la solución a que se hubiera llegado.

#### Artículo 56

- 1. De no llegarse a una solución, y no más tarde de 12 meses a contar desde la fecha de recepción de la notificación mencionada en el Artículo 48 o de la petición referida en el Artículo 49, la Comisión redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquier miembro de ésta podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones escritas y orales que hagan las partes en virtud del Artículo 53.
- 2. El informe será transmitido a los Estados interesados quienes no tienen la facultad de publicarlo.
- 3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones que juzgue adecuadas.

#### Artículo 57

- 1. Si, en el plazo de 3 meses a partir de la trasmisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido sometido a la decisión y aceptada la jurisdicción de la Corte, conforme al Artículo 74 de la presente Convención, la Comisión tomará una decisión por mayoría absoluta de votos de sus miembros sobre la cuestión de saber si el Estado contra el que se reclama o dirige la petición ha violado las obligaciones contraídas en virtud de la presente Convención.
- 2. En caso afirmativo, la Comisión fijará un plazo durante el cual el Estado Parte interesado debe tomar las medidas que apareja su decisión.
- 3. Si el Estado Parte interesado no ha adoptado medidas satisfactorias en el plazo impartido, la Comisión decidirá, por la mayoría prevista en el párrafo precedente, publicar su informe.

#### Capítulo II

#### Protección de los derechos económicos, sociales y culturales

#### Artículo 58

- 1. Los Estados Partes concuerdan en que, para garantizar la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en esta Convención, es legítimo el empleo de las siguientes medidas, además de las otras admitidas por el derecho internacional vigente en América:
  - a. Informaciones o informes;
  - b. Solicitud de informaciones;

- c. Observaciones y recomendaciones;
- d. Estudios e investigaciones, incluso in loco;
- e. Suministro de asistencia técnica:
- f. Reuniones, inclusive de carácter regional;
- g. Acuerdos y convenciones para la cooperación en los campos económico, social y cultural; y
- h. Publicidad de las medidas adoptadas.
- 2. Sin perjuicio de lo que corresponda a otros órganos internacionales, la Comisión tendrá competencia para:
  - a. Adoptar las medidas previstas en los incisos a, b, c, d y h, del párrafo anterior. Para la eficaz realización de estudios e investigaciones in loco, los Estados interesados proporcionarán todas las facilidades necesarias, después de cambiar puntos de vista con la Comisión.
  - b. Solicitar, sugerir o recomendar a los organismos competentes de la Organización de los Estados Americanos o de las Naciones Unidas la adopción de cualquiera de las medidas previstas en los incisos e, f, g y h del párrafo anterior.
- 3. Los Estados Partes directamente interesados y los Organismos Especializados podrán presentar a la Comisión o a los organismos a que ella se dirija conforme a los términos del inciso b) del párrafo anterior, sus comentarios u observaciones respecto a las recomendaciones hechas por la Comisión o respecto a cualquiera otra medida que haya tomado o sugerido, sin perjuicio, cuando fuera el caso, de la ejecución de tales medidas.

- 1. Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer a la Comisión, en informes periódicos, las medidas adoptadas con el fin de garantizar la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en esta Convención.
- 2. La periodicidad de esos informes, que no será inferior a seis meses ni superior a un año, quedará determinada por la Comisión; y para la elaboración de dichos informes los Organismos Especializados correspondientes de la Organización de los Estados Americanos prestarán asistencia técnica a los Estados que la soliciten, en la forma que les sea posible dentro de sus programas.
- 3. Mediante consulta previa a los Organismos Especializados competentes, la Comisión podrá permitir que los informes mencionados se presenten por partes de acuerdo con un programa establecido.
- 4. Todo Estado que fuera miembro de Organismos Especializados deberá transmitir a éstos una copia de los mencionados informes, o de las partes de los informes relativas a las materias que son de la competencia de cada uno.
- 5. Cuando se trate de un informe que ha de ser presentado originariamente a los Organismos Especializados, los Estados Partes enviarán copia a la Comisión o, si ello no fuera posible, les darán las indicaciones necesarias para la identificación del informe en los archivos de los referidos Organismos Especializados.

Sin perjuicio de los informes periódicos a que se refiere el Artículo 59, la Comisión podrá solicitar informaciones específicas de cualquiera de los Estados Partes, los cuales se comprometen a atender la solicitud en el plazo que fuera indicado, y, si éste fuera insuficiente, en el más breve término posible con el objeto de no anular, por su retardo, el objetivo de la solicitud de información.

#### Artículo 61

- 1. La Comisión podrá señalar a la atención de los órganos internacionales que se ocupen de cooperación o de asistencia técnica o a la de cualquier otro órgano internacional calificado toda cuestión surgida de los informes a que se refieren los artículos anteriores de esta Convención que pueda servir para que dichos órganos se pronuncien, cada uno dentro de su competencia, sobre la conveniencia de adoptar medidas internacionales capaces de contribuir a la aplicación progresiva de la presente Convención.
- 2. La Comisión solicitará a los referidos órganos que le transmitan el resultado de los exámenes realizados, así como las medidas que dichos organismos adopten por propia iniciativa con base en los informes referidos.

#### Artículo 62

Al solicitar, sugerir o recomendar a los organismos competentes las medidas que de ellos dependan, en los términos enunciados en el Artículo 58 (2)b), la Comisión será tan explícita como sea posible en la enunciación de los fundamentos y objetivos de su pedido.

#### Artículo 63

Siempre que fuere conveniente, en su criterio, la Comisión dará a publicidad las medidas que hubiera adoptado o las solicitudes dirigidas a otros organismos, con el objeto de permitir la formación de un juicio de la opinión pública nacional e internacional.

#### Artículo 64

En lo que se refiere a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, la Comisión adoptará reglas de procedimiento que garanticen a las Partes la posibilidad de respaldar y comprobar sus alegatos.

#### PARTE IV

#### CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

#### Artículo 65

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de un número de jueces igual al de Estados que hayan ratificado la presente Convención o adherido a ella, de los cuales no podrá haber dos que sean nacionales del mismo Estado.

- 1. Los miembros de la Corte serán elegidos por el Consejo de la Organización por mayoría de votos, de una nómina de candidatos propuestos en la forma prevista en los Artículos 36, 37 y 38 de la presente Convención.
- 2. En la medida en que sea aplicable, se seguirá el procedimiento previsto en el Artículo 41 para completar la Corte en caso de nuevas ratificaciones de esta Convención o adhesión a la misma y para proveer las vacantes que se produzcan.
- 3. Los candidatos deberán gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones personales requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o ser jurisconsultos de reconocida competencia.

## Artículo 67

- 1. Los miembros de la Corte desempeñarán sus cargos por nueve años y podrán ser reelectos. Sin embargo, el período de una tercera parte de los magistrados electos en la primera elección expirará a los tres años, y el período de otra tercera parte expirará a los seis años.
- 2. Los magistrados cuyos períodos hayan de expirar al cumplir los mencionados períodos iniciales de tres y de seis años, serán designados mediante sorteo que efectuará el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos inmediatamente después de terminada la primera elección.
- 3. Será aplicable respecto de los miembros de la Corte lo establecido en el párrafo 2 del Artículo 41 y en el Artículo 42 de la presente Convención.
- Los jueces de la Corte deberán formular la declaración prevista en el Artículo 46 de la presente Convención.

# Artículo 68

La Corte elegirá por tres años a su Presidente y Vicepresidente; éstos podrán ser reelectos. Designará su Secretario en la forma prevista en el Artículo 44 de esta Convención.

#### Artículo 69

Los miembros de la Corte recibirán una compensación que determinará el Consejo de la Organización de los Estados Americanos por cada día que desempeñen las funciones del cargo.

#### Artículo 70

1. En caso de que la Corte alcance un número de jueces superior a nueve, se constituirá, para el examen de todo asunto llevado ante ella, una Sala de nueve magistrados, de la cual deberán formar parte los jueces nacionales de todo Estado interesado; los demás jueces serán designados por sorteo que efectuará el Presidente antes de comenzar el estudio del asunto.

- 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 41 y 67 (3) de la presente Convención, no se alterará el número y nacionalidad de los jueces que hayan iniciado el examen de un asunto, aun cuando con posterioridad a la iniciación de ese examen, uno o más Estados acepten la presente Convención.
- 3. La Corte podrá reunirse y funcionar en cualquier capital americana en que lo considere conveniente.
- 4. El Secretario residirá en la sede de la Unión Panamericana, sin perjuicio de su deber de asistir a las sesiones de la Corte.

Los Estados que hayan ratificado la presente Convención o adherido a ella así como la Comisión de Derechos Humanos, representada por el miembro o miembros que ésta designe, podrán ser parte en casos ante la Corte.

# Artículo 72

#### Variante A

- 1. La Corte tendrá competencia obligatoria para entender en todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la Parte I, Capítulo I de la presente Convención que las Altas Partes Contratantes o la Comisión le someten, en las condiciones previstas en el Artículo 74.
- 2. No obstante, cualquiera de los Estados Partes podrán declarar, en cualquier momento, que no reconoce como obligatoria, en todo o en parte, la jurisdicción de la Corte conforme al párrafo 1 del presente Artículo.
- 3. Las declaraciones referidas en el párrafo anterior serán presentadas al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de ellas a los Estados Partes y al Secretario de la Corte.

#### Variante B

- 1. La Corte tendrá competencia para entender en todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la Parte I, Capítulo I de la presente Convención que las Altas Partes Contratantes o la Comisión le sometan, en las condiciones previstas en el Artículo 74.
- 2. Cualquiera de los Estados Partes podrá declarar, en cualquier momento, que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la jurisdicción de la Corte sobre todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la presente Convención.
- 3. Las declaraciones a que se refiere el párrafo precedente podrán ser hechas pura y simplemente o bajo condición de reciprocidad de parte de varias o de ciertas otras partes contratantes o por un plazo determinado.
- 4. Las declaraciones referidas en el párrafo anterior serán presentadas al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de ellas a los Estados Partes y al Secretario de la Corte.

#### Variante C

La Corte tendrá competencia obligatoria para entender en todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la Parte I, Capítulo I de la presente Convención que los Estados Partes o la Comisión le sometan, en las condiciones previstas en el Artículo 74.

#### Artículo 73

La Corte no podrá dar entrada a un asunto sino después de haberse comprobado por la Comisión que no ha podido llegarse a un solución, y el planteamiento deberá formularse dentro del plazo de tres meses previsto en el Artículo 57, párrafo 1.

# Artículo 74

1. La Corte podrá actuar a requerimiento de la Comisión, del Estado Contratante del cual es nacional la persona o entidad perjudicada, del Estado Contratante que ha planteado el asunto a la Comisión, o del Estado Contratante contra quien se ha dirigido el reclamo o petición.

#### Variante A

# 2. Para que la Corte pueda ejercer jurisdicción es necesario que la Alta Parte Contratante, contra la cual se dirige el requerimiento, no haya formulado la declaración prevista en el párrafo 2 del Artículo 72, éste no sea aplicable al caso o, de sen aplicable, dicho Estado Contratante consienta en que la Corte ejerza jurisdicción en el caso planteado.

#### Variante B

2. Para que la Corte pueda ejercer jurisdicción es necesario que la Alta Parte Contratante, contra la cual se dirige el requerimiento, haya formulado la declaración prevista en el párrafo 2 del Artículo 72, ésta sea aplicable al caso, o de no ser aplicable, dicho Estado Contratante consienta en que la Corte ejerza jurisdicción en el caso planteado.

#### Variante C

(No existe párrafo 2)

#### Artículo 75

En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene jurisdicción o no, la Corte decidirá.

#### Artículo 76

Si la decisión de la Corte declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de un Estado Contratante se encuentra parcial o totalmente en conflicto con las obligaciones resultantes de la presente Convención, y si el derecho interno de esta Parte no permite reparar sino parcialmente las consecuencias de esa decisión o medida, la decisión de la Corte dispondrá, si ello es procedente, que se pague una justa indemnización a la parte lesionada.

- 1. El fallo de la Corte será motivado.
- 2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

#### Artículo 78

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes.

#### Artículo 79

Los Estados Contratantes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo litigio en que sean partes.

#### Artículo 80

El fallo de la Corte será transmitido al Consejo de la Organización de los Estados Americanos.

#### Artículo 81

La Corte formulará un reglamento mediante el cual determinará la manera de ejercer sus funciones. Establecerá, en particular, sus reglas de procedimiento.

#### PARTE V

#### **DISPOSICIONES GENERALES**

#### Artículo 82

Los Estados Partes en la presente Convención se obligan a proporcionar, a pedido de la Comisión, las explicaciones que se soliciten sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de todas las disposiciones de esta Convención.

#### Artículo 83

Los gastos de la Comisión y de la Corte serán distribuidos en la forma y condiciones que el Consejo de la Organización de los Estados Americanos determine.

# Artículo 84

En el ejercicio de las funciones del cargo, los miembros de la Comisión y de la Corte gozarán de privilegios e inmunidades diplomáticas.

#### PARTE VI

#### CLAUSULAS ESPECIALES

#### Artículo 85

- 1. La presente Convención estará abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.
- 2. La ratificación de la presente Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como siete Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que lo ratifique o adhiera a él ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.
- 3. El Secretario General de la Organización informará a todos los Miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención y del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

#### Artículo 86

- 1. Todo Estado podrá, en el momento del depósito de su instrumento de aceptación de la presente Convención, formular reservas si una norma constitucional o legal vigente en su territorio estuviere en contradicción con alguna disposición de la presente Convención o si su legislación no diese efecto a tal disposición. Toda reserva deberá ir acompañada del texto de las leyes a que se refiere.
- 2. Si se hicieren reservas, se considerará que la Convención está en vigor entre el Estado que haya formulado las reservas y las demás Partes contratantes que acepten tales reserva, con respecto a todas las disposiciones de la Convención, salvo las que hayan sido objeto de tales reservas. En consecuencia, el Estado reservante no podrá invocar respecto de ninguna otra Alta Parte Contratante aquellas disposiciones objeto de su reserva.

#### Artículo 87

- 1. Los Estados Contratantes podrán denunciar la presente Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien informará a las otras Partes Contratantes.
- 2. Esa denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado Contratante interesado de las obligaciones contenidas en la presente Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

- 1. A esta Convención todo Estado Parte en la Convención puede proponer una enmienda y presentarla al Secretario General de la Organización. El Secretario General comunicará entonces la enmienda propuesta a los Estados Partes de la Convención, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar y votar la propuesta. Si un tercio al menos de los Estados se declara en favor de tal procedimiento, el Secretario General de la Organización convocará una conferencia bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos. Toda enmienda aprobada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá al procedimiento establecido en los párrafos siguientes.
- 2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en la presente Convención, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.
- 3. Cuando tales enmiendas entren en vigor, serán obligatorias para las Partes que las hayan aceptado, en tanto que las demás Partes seguirán obligadas por las disposiciones de la Convención y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.
- 4. La Corte podrá sugerir a los Gobiernos de los Estados Partes, por intermedio del Consejo de la Organización de los Estados Americanos, la conveniencia de proponer enmiendas a lo dispuesto en las Partes III, IV y V de la presente Convención.

(Resolución aprobada en la Tercera Sesión Plenaria, el 8 de septiembre de 1959).

# REVISTA DE LIBROS

La Protección Jurídica de los Derechos Humanos y de la Democracia en América. Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional. Por Pedro Pablo Camargo. [México 1, D.F.: Cía, Editorial Excelsior S.C.L., 1960.]

En el primer comentario editorial publicado por nuestra Revista (Tomo I, No. 1) se hacía referencia a uno de los conflictos clásicos del derecho internacional: la oposición entre competencia nacional y orden internacional, con relación a la protección jurídica de los individuos. El libro que comentamos es una clara exposición de ese problema con relación a los países del hemisferio occidental que forman parte del sistema interamericano.

Es interesante destacar que fue en América latina donde se produjo la primera experiencia en materia de reconocimiento de jurisdicción internacional para resolver problemas nacionales. En efecto, la Corte de Justicia Centroamericana fue creada por medio de la Convención suscrita en Washington D.C. el 20 de diciembre de 1907, entre los representantes de las Repúblicas de Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador. Estos mismos países han constituído en 1951 la Organización de Estados Centroamericanos, dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos. La Corte de Justicia Centroamericana funcionó hasta el año 1918.

El libro que comentamos está dividido en tres partes. La primera se refiere a los derechos humanos y al derecho internacional. En este capítulo se estudian detenidamente las diversas medidas adoptadas por las Naciones Unidas en su política de protección de los derechos humanos. Asimismo, se estudia la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que dio origen a la Comisión de Derechos Humanos y a la Corte Europea de Derechos Humanos. En su segunda parte el libro entra en materia, refiriéndose concretamente al problema de la protección jurídica de los derechos humanos en América.

El tema, de antigua prosapia en la temática del derecho internacional americano, no puede ser de mayor actualidad. El sistema interamericano es el más antiguo de los sistemas internacionales vigentes. Diez conferencias internacionales americanas celebradas desde el año 1898, tres conferencias extraordinarias, ocho reuniones de consulta de los ministros de Relaciones Exteriores, la Junta Interamericana de Defensa, el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca que mantiene al hemisferio unido en un pacto de defensa

común, el Banco Interamericano de Desarrollo, etc., son algunas muestras de lo que el sistema interamericano ha sido capaz de producir en el campo de las relaciones y derecho internacionales. Un punto, sin embargo, ha quedado rezagado. Este ha sido el de acordar una protección jurisdiccional eficaz a los derechos humanos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá en 1948. Pero ésta, al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, es tan sólo una declaración. Es necesario llevar adelante esas ideas y concretarlas en una convención interamericana sobre derechos humanos, estableciendo los organismos necesarios para una adecuada protección iurisdiccional.

El estado de desarrollo del sistema interamericano, más la experiencia acumulada por la Corte Europea de Derechos del Hombre, autorizan a pensar que el establecimiento de tales organismos jurisdiccionales por parte de los Estados del continente americano puede constituir el instrumento necesario para lograr la protección efectiva de los derechos del hombre en ese continente. Existe, además, a pesar de las diferencias notables de país a país, una verdadera comunidad cultural y de principios jurídicos. Esta comunidad ideológica se expresa no sólo en las constituciones escritas de todas y cada una de la repúblicas de América, la mayoría de ellas con más de 150 años de vida independiente, sino también en los acontecimientos sociales, políticos y económicos que tienen lugar actualmente en esos países. La aparición de partidos políticos, gremios obreros y organizaciones económicas que buscan coordinar su política en todo el hemisferio, acentúa y a la vez promueve este lento pero enérgico proceso hacia la unidad continental. Una Corte Interamericana de Justicia podría ser principio y guía de este proceso en el plano de la protección de los derechos humanos.

La tercera y última parte del libro está dedicada al estudio de la protección de la democracia representativa en América.

No es posible hacer una exposición detallada del contenido de este libro. Sólo queremos destacar que el trabajo se mantiene en todo momento en el nivel jurídico y doctrinario. Coincidimos con el prologuista – don Luis Recasens Siches – cuando dice que "la dimensión jurídica, con ser la básica, no agota todos los lados del problema: hay que hacer un estudio sociológico de las realidades, para averiguar los medios más eficaces en cuanto a obtener un estricto respeto y un eficaz cumplimiento de las normas". Es evidente que para un entendimiento cabal de los problemas básicos de la América latina con respecto a sus instituciones jurídicas, nacionales o internacionales, resulta indispensable la realización de un estudio sociológico, país por país, de todo el hemisferio occiden-

tal. Creemos que la obra que acabamos de comentar constituye, desde el punto de vista jurídico, un verdadero aporte para el esclarecimiento de uno de los temas fundamentales de la problemática internacional de las Américas.

HORACIO H. GODOY

Bibliothèque de Droit privé, publicada bajo la dirección de Henri Solus, profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París. [París, Pichon et Durand-Auzias, 1961. Volumen XXV: Nicole Catala, La Nature juridique du paiement, 353 págs. Volumen XXVII: Gabriel Roujou de Boubée, Essai sur l'acte juridique collectif, 328 págs. Volumen XXVIII: Jean Pelissier, Les Obligations alimentaires, unité ou diversité, 495 págs.]

La colección cuya publicación dirige el profesor Henri Solus reúne algunos de los mejores estudios que jóvenes juristas franceses realizan anualmente sobre diversos aspectos del derecho privado. El mero nombre de su director es una garantía del valor y originalidad de estos trabajos. En su obra sobre la naturaleza jurídica del pago, la Srta. Nicole Catala distingue con mucha sutileza los dos aspectos del pago, por un lado, modo de cumplimiento de la obligación, por otro, modo extintivo de la obligación. Refiriéndose principalmente a este segundo aspecto e inspirándose en los trabajos de los tratadistas alemanes e italianos, la autora hace un análisis unitario del pago como hecho jurídico independiente de la voluntad de los interesados, dado que la ley atribuye un efecto extintivo de pleno derecho a la situación de hecho constituida por la satisfacción del acreedor. El Sr. Gabriel Roujou de Boubée realiza un estudio general, hasta ahora descuidado en Francia, del acto jurídico colectivo, entendido como el acto que deriva de un concurso de voluntades concordantes encaminadas a la realización de un mismo objetivo. Delimita en primer lugar la esfera del acto colectivo en derecho privado y luego estudia, por una parte, los actos encaminados a la constitución de una persona moral, asociación o sociedad y, por otra, las resoluciones tomadas por las asambleas deliberantes. Analiza en segundo lugar el régimen común a las diversas categorías de actos colectivos y pone de relieve su particularismo en relación con el contrato. Tras estudiar el acto colectivo en cuanto a las condiciones de su formación y a sus efectos, el autor trata de las técnicas de los publicistas franceses, inspiradas en los trabajos de los teóricos alemanes e italianos y en particular en la teoría de la institución de Maurice Hauriou.

Con el título las obligaciones de dar alimentos, unidad o diversidad, el Sr. Jean Pelissier estudia en toda su amplitud un tema que

sólo se suele tratar dentro de la esfera de las obligaciones familiares. Ahora bien, de modo paralelo a estas obligaciones tradicionales, existe actualmente en muchos países un conjunto de "obligaciones sociales de dar alimentos". Pese a la diversidad de sus orígenes, todas las obligaciones de prestar alimentos obedecen a reglas comunes; sin embargo, su régimen manifiesta la profunda influencia del principio de que derivan. El autor introduce una distinción fundamental entre las obligaciones de suministrar alimentos: unas responden a la idea de solidaridad que debe existir en el marco de la familia o de la sociedad y guardan relación con la condición de hombre (padre o ciudadano); otras derivan de actos o de hechos jurídicos y proceden de la actividad del hombre. Partiendo de esta distinción, el autor estudia las fuentes y el régimen de las obligaciones de dar alimentos.

Estas tres obras tratan de tres temas muy distintos, pero tienen un carácter común: abordan con un nuevo espíritu y métodos de análisis rigurosos algunos problemas clásicos de derecho privado, llegan a conclusiones originales y aportan nuevos elementos en esferas que podrían considerarse agotadas.

PHILIPPE COMTE

L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur. Por André Huguet. [París: Pichon et Durand-Auzias, 1962. 231 págs. 26,70 francos].

Esta obra, que tiene por subtítulo Etude sur la loi du 11 mars 1957, acaba de aparecer en la Biblioteca de Derecho Privado que dirige el profesor Henri Solus, de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París. Es una aportación útil para la interpretación de la nueva legislación francesa sobre el derecho de autor, particularmente en la esfera práctica de la explotación. Los círculos interesados (autores, editores y organizadores de espectáculos) apreciarán en su justo valor las previsiones que en ella se formulan sobre los contratos de explotación. Queremos subrayar por nuestra parte un aspecto de la obra que responde a las preocupaciones constantes de la Comisión Internacional de Juristas: el de los derechos humanos. El Sr. René Cassin, vicepresidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha expresado varias veces su convicción de que los derechos en materia de propiedad intelectual deben figurar entre los derechos fundamentales del hombre.La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, dispone en el párrafo 2 del artículo 27: "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor". ¿Cómo y en

qué medida se respeta el principio enunciado en este artículo? El Sr. Huguet responde a esta pregunta en su estudio de la nueva legislación francesa. Según el Sr. Huguet, la protección de los "intereses morales y materiales" del autor se basa por encima de todo en el carácter de normas de orden público que la Ley de 1957 confiere a las reglas protectoras de los autores. "El orden público protege los derechos morales al hacerlos inalienables salvo excepción; en cambio, los derechos pecuniarios son alienables salvo restricción de orden público . . . Las normas de orden público se inspiran en ambos casos (derechos morales y pecuniarios) en la misma intención de proteger a los autores" (pág. 33). Nos parece acertado este método de interpretación. Hace resaltar con mucha claridad la idea de tutela enunciada en la Declaración Universal. Este método de interpretación es valioso, sobre todo en lo que se refiere a las normas relativas a los derechos morales, inherentes a la persona. Desde este punto de vista el autor examina los textos sobre el consentimiento personal como elemento del derecho de divulgación de la obra, sobre las relaciones personales del autor con el explotador y sobre las relaciones entre autores en caso de pluralidad de autores. La riqueza de la jurisprudencia y de la doctrina francesa, que han contribuido con tanto vigor al desarrollo del derecho moral del autor en el plano internacional, se describe con dominio de la materia y exactitud. En cuanto a los derechos pecuniarios, el autor critica con severidad la solución adoptada por la Ley de 11 de marzo de 1957 sobre la remuneración proporcional del autor. En relación con la controvertida cuestión de la alternativa entre la remuneración global y la proporcional, los argumentos del autor pueden ser también objeto de discusión. En este debate desarrollado con tanta pasión a través de las fronteras nacionales e ideológicas y cuyo fin parece estar todavía muy lejano, el autor ha tomado evidentemente partido. Sea lo que fuere, esta obra lúcida y equilibrada merece una amplia difusión.

János Tóth

Le Régime foncier à Madagascar et en Afrique. Por Víctor Gasse. [Carqueiranne (Var): Librairie Ch. Beaudoux, 1961. 361 págs. 30 francos.]

Francia ha recibido de la tradición alemana del registro de la propiedad y del modelo australiano de la *Torrens Act* un sistema de inmatriculación de los bienes inmuebles cuya aplicación en el territorio metropolitano ha sido imposible a causa de dificultades prácticas insuperables, pero que ha sido puesto en vigor en la mayoría de los países de ultramar a que se extendía su influencia, en particular en Africa del Norte, Africa negra y Madagascar. El Sr. Víctor

Gasse, actual presidente del Tribunal Supremo de la República Centrafricana, pone a nuestro alcance el primer estudio a fondo que se ha realizado hasta el momento presente de una legislación cuya importancia práctica huelga subrayar. Tras examinar el Decreto de 4 de febrero de 1911 que reorganizó el régimen de la propiedad inmueble en Madagascar, el autor realiza un estudio comparado de sus disposiciones y de las de diversas legislaciones vigentes en Túnez, en Marruecos y en los Estados de habla francesa del Africa occidental y ecuatorial, para las cuales las transformaciones políticas ocurridas en estos últimos años no han supuesto ningún cambio hasta el momento actual. Por último, el autor dedica su atención a las legislaciones extranjeras en que se basa el sistema de inmatriculación v. sobre todo, a los regímenes alemán y australiano. De este modo el autor, que aborda la cuestión desde la perspectiva particular del derecho malgache, puede presentar una síntesis de las diversas soluciones del derecho positivo basada en una documentación muy rica y completa. Las problemas inherentes al régimen de los bienes inmuebles cobrarán ciertamente una importancia cada vez mayor en los nuevos Estados africanos y en Madagascar a medida que se acentúe la transformación de las formas consuetudinarias de la propiedad colectiva en las modernas de la individual. Por consiguiente, la obra del Sr. Gasse tendrá un interés práctico muy considerable para todos los que se ocupen de estos problemas.

P.C.

Die Leiden eines Volkes. Die Tragödie Tibets und der tibetischen Flüchtlinge. Con un prefacio por Heinrich Harrer y colaboraciones por diversos autores. Edita la Organización de la Ayuda Suiza a los Tibetanos. [Solothurn, Veritas-Verlag, 1961. 118 ilustraciones, 4 mapas, 284 páginas.]

Edita esta obra una organización no gubernamental cuya misión es ayudar y sostener a refugiados tibetanos y, en especial, a niños tibetanos. En colaboración con otros organismos de socorro suizos e internacionales, hasta mayo de 1961 esta organización había aportado una asistencia efectiva a los refugiados tibetanos por valor de 135.000 francos suizos. Los beneficios netos que reporte la venta de la obra comentada se destinarán también a la misma finalidad. Se ha facilitado, por ejemplo, asistencia financiera a los campos de refugiados y a las instituciones denominadas centros de autoayuda, casi todos situados en la India, y a la aldea infantil Pestalozzi de Trogen, Suiza, donde han hallado un nuevo hogar veinte jóvenes tibetanos.

La obra no trata de cuestiones jurídicas, pero ofrece al lector una excelente introducción a la historia, la religión y la sociología del pueblo tibetano y un relato de la sumisión del Tibet al yugo

extranjero de los comunistas chinos.

En la primera parte, titulada "El Tibet, centro de la cultura budista", y en la parte siguiente, "Religión y devociones de los tibetanos", el lector se inicia en un mundo nuevo, extraño y a veces misterioso. Los artículos, obra de diversos autores, se completan entre sí y dan una idea del pensamiento del pueblo tibetano, basado en su cultura y religión; es así más fácil comprender su resistencia a los comunistas chinos. Por ejemplo, en uno de los capítulos se comparan el cristianismo y el budismo y se ponen de relieve los puntos comunes y las divergencias entre ambas religiones. La tercera parte, titulada "El Tibet bajo los comunistas", empieza con una cita del libro Tibet – Lost Fatherland por Heinrich Harrer, que reproduce una breve biografía de Thubten Dschigine Norbus, el hermano mayor del Dalai Lama.

En otro capítulo Emil Wiederkehr comenta los dos informes de la Comisión Internacional de Juristas sobre los acontecimientos del Tibet (La cuestión del Tibet y el imperio de la ley, publicado en 1959, y El Tibet y la República Popular de China, publicado en

1960).

Las partes cuarta y quinta son ciertamente las más emocionantes: con la ayuda de estadísticas, breves descripciones de testigos presenciales y fotografías, dan una visión conmovedora del infortunio de los refugiados y, en especial, del triste destino de los niños. Se describe también la asistencia prestada y en curso de prestación.

RUDOLF TOROVSKI

1961 Seminar on the Protection of Human Rights in the Administration of Criminal Justice (Seminario sobre la protección de los derechos humanos en la administración de la justicia penal, celebrado en 1961). Informe publicado por la Secretaría de las Naciones Unidas. [Nueva York: 1961. 158 págs.]

A invitación del Gobierno de Nueva Zelandia, la Secretaría de las Naciones Unidas organizó un seminario sobre la protección de los derechos humanos en la administración de la justicia penal, que tuvo lugar en Wellington (Nueva Zelandia) del 6 al 20 de febrero de 1961. Los detalles de las cuestiones objeto de estudio habían sido fijados por un grupo de expertos en la reunión preparatoria que se celebró en Tokio del 4 al 6 de mayo de 1960. Todos los países comprendidos en la jurisdicción de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para el Asia y el Lejano Oriente fueron invitados a hacerse representar en la reunión; varias organizaciones no gubernamentales enviaron observadores. La Secretaría de las Naciones

Unidas publicó recientemente, en forma de documento ciclostilado, el informe sobre los trabajos del Seminario. El informe contiene en particular las conclusiones adoptadas sobre cada uno de los temas estudiados y un resumen de las discusiones.

El tema, muy vasto, fue divido en diez puntos: los primeros versaban sobre los problemas más generales de la organización del poder judicial y de la abogacía; los siguientes trataban directamente del procedimiento penal en las fases del sumario y del juicio oral. El programa comprendía también el estudio de la responsabilidad personal del acusado, de los recursos y de la reparación del perjuicio causado a la víctima de un error judicial. El último punto del programa era la organización en cada país de la protección de los derechos humanos en la esfera oficial y privada. Juristas de unos veinte países compararon sus puntos de vista respectivos sobre los temas mencionados; eran en su mayoría ministros, magistrados de rango superior, profesores de universidad o altos funcionarios. El alcance y la diversidad de sus experiencias confieren interés y autoridad muy especiales a las conclusiones que formularon. Por otra parte, conviene hacer notar que la gran mayoría de los participantes procedía de países en que domina la influencia del Common Law. Entre las cuestiones a las que los reunidos prestaron particular atención, figuraba en primer lugar la de la detención gubernativa (detention without trial) cuyo principio fue condenado formalmente como fundamentally undesirable. En lo que concierne al sumario, la mayoría de los participantes consideró conveniente que el acusado se beneficie desde un principio de la asistencia por abogado y que la formación del sumario corra a cargo de la policía o de un juez de instrucción. Expresó también el deseo de que en todo procedimiento penal se preste liberalmente asistencia por letrado. Los reunidos convinieron por unanimidad en el carácter excepcional de la detención preventiva y afirmaron el principio de que el acusado debe permanecer en libertad mientras no se haya pronunciado sentencia definitiva; también de que la instrucción penal debe efectuarse con la mayor rapidez posible. Además, la publicidad de los debates debe ser regla absoluta. Varios de los participantes pusieron en duda el derecho del ministerio público a interponer recurso a minima o en caso de absolución. Todos reconocieron el derecho de la persona que haya sido procesada o condenada erróneamente a obtener del Estado una indemnización equitativa. Se comunicaron precisiones interesantes sobre algunas instituciones que tienen por fin garantizar la defensa de los derechos humanos y, en particular, sobre el funcionamiento – entre los servicios del Ministerio japonés de Justicia – de la "División de Libertades Civiles" que tiene dependencias en cuarenta y nueve circunscripciones territoriales y ocho mil "comisarios para las libertades civiles", que no están adscritos a la Administración. P.C. Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'homme, 1960. Yearbook of the European Convention on Human Rights. Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos. [La Haya: Martinus Nuhoff, 1961. 773 págs.]

Hemos dado cuenta antes de los primeros volúmenes de este Anuario, que abarcaban los años de 1955 a 1959 (Revista de la Comisión Internacional de Juristas, vol. II, núm. 2, págs. 259 y 260, y vol. III, núm. 2, pág. 145). El tercer volumen, aparecido en diciembre de 1961, versa enteramente sobre 1960. Las materias están ordenadas según el plan seguido para el volumen precedente. La primera parte consta de los textos fundamentales y de informaciones de carácter general sobre la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos Humanos. La segunda contiene una selección de las decisiones de la Comisión y del Tribunal. La tercera trata del Convenio en el orden interno de los Estados miembros del Consejo de Europa y hace referencia a trabajos parlamentarios y a decisiones judiciales. Se ha introducido con carácter de innovación una cuarta parte relativa a la "influencia del Convenio" fuera de la jurisdicción del Consejo de Europa.

La segunda parte es la más importante por un amplio margen y confiere al Anuario el carácter de verdadera recopilación de la jurisprudencia internacional sobre la aplicación del Convenio. Hasta la fecha, diez Estados, de los catorce signatarios del Convenio, han reconocido la competencia de la Comisión para entender en peticiones individuales. Por consiguiente, en el momento actual la actividad de la Comisión consiste esencialmente en examinar peticiones individuales. En 1960 la Comisión recibió 291 peticiones individuales y adoptó 265 decisiones. Se reproducen in extenso unas veinte decisiones de principio. Al final del capítulo, facilita la consulta un sumario ordenado según una clasificación metódica del contenido de estas decisiones. Además, en 1960 tuvo especial importancia el hecho de que comenzara a funcionar el Tribunal Europeo, que dictó sus primeras sentencias. Así, pues, se dedica un capítulo al examen de los asuntos Lawless y De Becker, los primeros que han sido presentados al Tribunal, y se reproduce integramente la sentencia pronunciada el 14 de noviembre de 1960 sobre el asunto Lawless. Recordemos que hasta el momento ocho Estados han aceptado la jurisdicción obligatoria del Tribunal Europeo.

La cuarta parte tiene un gran interés desde el punto de vista documental. Como es sabido, el Convenio Europeo ha inspirado muchos trabajos legislativos y constitucionales fuera de la Europa continental. El Anuario reproduce dos documentos que derivan directamente de esta fuente: el título II de la Constitución de la República de Chipre y el capítulo III de la Federación de Nigeria. Mediante notas marginales se indica la concordancia entre las dis-

posiciones de esos textos y las del Convenio. Por último, después del segundo documento, figura el texto de la sentencia dictada por un alto tribunal nigeriano sobre la aplicación de disposiciones constitucionales correspondientes a los artículos 9 a 11 del Convenio Europeo.

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

Interceptación de los comunicaciones telefónicas (los tableros de escucha): estudio comparado, por George Dobry

Revista de libros

# Volumen II, núm. 1 (primavera-verano de 1959):

Congreso Internacional de Juristas, Nueva Delhi, India; Declaración de Delhi; Conclusiones del Congreso; cuestionario y documento de trabajo sobre el principio de legalidad; reflexiones, por V. Bose y N. S. Marsh

El profano y la ley en Inglaterra, por sir Carleton Allen Aspectos jurídicos de las libertades civiles en los Estados Unidos y acontecimientos recientes, por K. W. Greenawalt

Independencia del Poder judicial en las Filipinas, por Vicente J. Francisco Revista de libros

Volumen II, núm. 2 (invierno de 1959 – primavera-verano de 1960): Democracia y administración judicial en el Japón, por Kotaro Tanaka

El comisario parlamentario noruego para la Administración civil, por Terje Wold

La nueva Constitución de Nigeria y la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por T. O. Elias

El derecho, la judicatura y la abogacía en los países árabes, por Saba Habachy

Problemas de organización judicial en la Comunidad Francesa, por G. Mangin

La asistencia jurídica y el imperio de la ley: notas para un estudio comparativo del problema, por Norman S. Marsh

La fiscalización general, función de la Procuración soviética, por Glenn C. Morgan

Nota editorial sobre la prisión preventiva y la protección de la libertad de expresión en la India

Informe del Comité de encuesta sobre Kerala Revista de libros

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'Arboussier 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.

# Volumen III, núm. 1 (invierno de 1961):

Atribuciones de urgencia, por Harry E. Groves

La privación de la libertad personal en el derecho argentino, por Sebastián Soler y Eduardo H. Marquardt

Examen general de la detención provisional o preventiva en el Brasil, por Basileu García

La detención preventiva en el Canadá, por J. C. Martin

Esbozo sobre la detención preventiva en Colombia, por Gerardo Melguizo

La Ley sobre detención preventiva de Ghana (estudio de la Secretaría) La detención preventiva en la Federación Malaya, por L. W. Athulathmudali

Jurisprudencia: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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, Checoeslovaquia, Alemania oriental, Yugoeslavia, 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, Yugoeslavia, 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.
- Número 13 (mayo de 1962): En este número se estudian diversos aspectos del imperio de la ley y la evolución jurídica de Albania, Corea del Sur, Cuba, Dahomey, Ghana, Portugal, sur de Asia, el Tibet 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.
- Número 13 (febrero de 1962): Ideas y proyectos, nuevos miembros de la Comisión, misiones y jiras, observadores, comunicados de prensa y telegramas, Naciones Unidas, secciones nacionales, concurso de ensayos y notas de organización.

# 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 Tibet 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 Tibet, la posición del Tibet con arreglo al derecho internacional, 21 documentos.
- El Tibet y la República Popular de China (julio de 1960). Informe a la Comisión Internacional de Juristas por el Comité de encuesta jurídica sobre el Tibet, introducción, pruebas relativas al genocidio, los derechos humanos y el progreso, situación jurídica del Tibet, Acuerdo sobre medidas de liberación pacífica del Tibet, 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.
- La Muralla de Berlín: Atentado contra los derechos humanos (marzo de 1962): Este informe consta de cuatro partes: El pueblo vota con los pies, Medidas para impedir la huida desde la República Democrática Alemana, La evolución constitucional del Gran Berlín, El aislamiento del Berlín oriental. Para redactar este informe se han utilizado profusamente fuentes de la República Democrática Alemana y del Berlín oriental: leyes, órdenes, reglamentos, decisiones judiciales publicadas y extractos de prensa.

South African Incident: The Ganyile Case (junio de 1962): Este informe narra un episodio más en la triste historia de los métodos arbitrarios empleados por el Gobierno de Sudáfrica. La Comisión lo publica para recordar a sus lectores la necesidad de velar incesantemente por la defensa y el fortalecimiento de los derechos humanos.

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.

Los autores de los artículos firmados exponen opiniones personales. La Comisión los publica por considerarlos de interés general, pero sin indicar con ello que los suscriba en su integridad. Salvo indicación en contra, los artículos sin firma han sido redactados por el personal de la Comisión.

Se examinarán con vistas a su publicación los artículos que versen sobre el imperio de la ley en diversos países y en sus distintos aspectos. Las colaboraciones deben dirigirse — mecanografiadas y por duplicado — al secretario general, sede de la Comisión, Ginebra.

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

Distribución:

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS 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 dól. de EE.UU.

7/6 chelines