

REVISTA

DE LA
COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

Director: SEÁN MACBRIDE

DICIEMBRE 1968

VOL. IX, NÚM. 2

-
- | | |
|--------------------------------|--|
| NICOLÁS VALTICOS | LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y SU CONTRIBUCIÓN AL PRINCIPIO DEL IMPERIO DEL DERECHO Y A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS |
| PAUL BERNARD Y DANIEL MARCHAND | LA HOSPITALIZACIÓN DE LOS ENFERMOS MENTALES |
| ANNA-JULIETTE POUYAT | LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS DENTRO DEL MERCADO COMÚN |
| HÉCTOR FIX ZAMUDIO | LA PROTECCION PROCESAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN AMÉRICA LATINA |
| JOSEPH A. L. COORAY | LA SUPREMA CORTE DE CEILÁN |
| LUCIAN G. WEERAMANTRY | REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA BASADA EN EL IMPERIO DEL DERECHO |
-

JUNTA ASESORA DE LA REVISTA

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

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS - GINEBRA

PRECIO

6,75 francos suizos o equivalente

¡ Importante !

LA REVISTA

A FIN DE SATISFACER MEJOR los intereses de sus lectores, la Comisión ha decidido fundir sus dos publicaciones regulares, el Boletín y la Revista, en una única publicación trimestral, **La Revista de la Comisión Internacional de Juristas** o, simplemente, **La Revista**, cuyo primer número apareciera en marzo de 1969, publicándose, al igual que las anteriores, en español, francés, inglés y alemán.

LOS LECTORES de nuestras publicaciones anteriores que suscriban a **La Revista** tendrán así acceso a una publicación que, cuatro veces al año, aportará en forma mucho más extensa, información de actualidad sobre la evolución jurídica en el mundo.

SERÁ ÉSTA UNA REVISTA ÚNICA en su género que, junto con proporcionar a los hombres de derecho material del más alto interés profesional y datos de actualidad, constituirá también una valiosa obra de referencia. La nueva publicación, que fortalecerá la acción de la Comisión en favor del Imperio del Derecho, implicará por supuesto un aumento considerable de trabajo y costo. Esperamos pues que los lectores que estén auténticamente interesados en las actividades de la Comisión le prestarán — por medio de suscripciones o donaciones — el apoyo necesario para hacer de ella un éxito.

LA REVISTA — NUEVA PUBLICACIÓN de la Comisión — contendrá regularmente las rúbricas siguientes :

1. Editorial
2. Los Derechos Humanos en el Mundo
3. Estudio Especial
4. Aplicación judicial del Imperio del Derecho
5. Textos Básicos
6. Noticias de la Comisión
7. Libros de Interés

En el próximo número

La Necesaria Restauración de las Leyes y Costumbres aplicables en caso de Conflicto, por Jean Pictet, Miembro, Director General del Comité Internacional de la Cruz Roja en Ginebra.

Tarifas de suscripción a La Revista

<i>Por correo ordinario</i>	US\$ 6.00	Fr. Suizos 26.00
<i>Por correo aéreo</i>	US\$ 10.40	Fr. Suizos 44.75
<i>Precio por ejemplar</i>	US\$ 1.75	Fr. Suizos 7.50

Oferta especial comprendiendo, además de la suscripción por un año a **LA REVISTA**, el envío de todas las publicaciones pasadas aún en existencia :
US\$ 25.00 Fr. Suizos 107.50

Suscríbase ahora mismo a La Revista, completando el formulario de suscripción que aparece en las páginas de color.

box 24

REVISTA

DE LA

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

Director: SEÁN MACBRIDE

DICIEMBRE 1968

VOLUMEN IX, NÚM. 2

NICOLÁS VALTICOS	LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y SU CONTRIBUCION AL PRINCIPIO DEL IMPERIO DEL DERECHO Y A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	3
PAUL BERNARD Y DANIEL MARCHAND	LA HOSPITALIZACIÓN DE LOS ENFERMOS MENTALES	39
ANNA-JULIETTE POUYAT	LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS DENTRO DEL MERCADO COMÚN	52
HÉCTOR FIX ZAMUDIO	LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN AMÉRICA LATINA	69
JOSEPH A. L. COORAY	LA SUPREMA CORTE DE CEILÁN	112
LUCIAN G. WEERAMANTRY	REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA BASADA EN EL IMPERIO DEL DERECHO	131

Los autores de los artículos firmados exponen opiniones personales. La Comisión los publica por considerarlos de interés general, pero sin indicar con ello que suscriba en su integridad. Salvo indicación en contra, los artículos sin firma han sido redactados por el personal de la Comisión.

Se examinarán con vistas a su publicación artículos que versen sobre el imperio del derecho en diversos países y en sus distintos aspectos. Las colaboraciones deben dirigirse — mecanografiadas y por duplicado — al Secretario General, sede de la Comisión, Ginebra.

LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y SU CONTRIBUCION AL PRINCIPIO DEL IMPERIO DEL DERECHO Y A LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

**Con ocasión del
Quincuagésimo aniversario de
la Organización Internacional del Trabajo**

por

NICOLÁS VALTICOS *

En 1969 hará cincuenta años que fue creada la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) para promover la causa de la justicia social. La necesidad de una acción internacional en este terreno había sido sugerida al final de la primera guerra mundial, por tres consideraciones de índole primordial: por la convicción « que una paz universal y permanente no puede fundarse sino sobre la base de la justicia social », por sentimientos « de justicia y de humanidad » y, en último término, por la preocupación de evitar que la competición en el ámbito internacional impidiera o pusiera obstáculos a la adopción de medidas de adelanto social al nivel nacional.

Para evaluar debidamente la labor realizada por la O.I.T., no ha de tenerse en cuenta únicamente la contribución que, en el curso de este medio siglo, ha aportado al mejoramiento de la condición de los trabajadores. Para alcanzar este objetivo, la Organización ha cimentado en gran parte su acción, asentándola en instrumentos y en procedimientos jurídicos que han conducido a la implantación de un conjunto de normas de derecho y a la protección más generalizada de los derechos humanos en el plano internacional. Por su amplitud, por el avance que ha mantenido en todo momento con respecto a los conceptos propios de la época, a los métodos seguidos y a los principios que los han inspirado, la acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo ha llegado a revestir un significado que rebasa ampliamente el ámbito de las cuestiones laborales y ha ejercido una influencia apreciable sobre el desenvolvimiento de la acción internacional en general. En el umbral de este quincuagésimo aniversario,

* Jefe del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo en la Oficina Internacional del Trabajo (OIT).

parece, por consiguiente, adecuado presentar un estado demostrativo sucintamente formulado acerca de este aspecto de sus actividades.

Para explicar la contribución de la O.I.T. al principio del imperio del derecho y a la protección internacional de los derechos humanos, cabe tomar como punto de partida las ideas fundamentales siguientes.

En primer lugar, la creación misma de la O.I.T. introdujo en la comunidad internacional una función cuasi-legislativa, particularmente en el ámbito de los derechos humanos.

A continuación, por su funcionamiento mismo, la O.I.T. mostró la posibilidad y la importancia de la formulación de derechos en instrumentos que entrañan obligaciones internacionales, respaldadas por principios constitucionales puntualizados y prolongadas a través de una actividad jurisprudencial.

Mediante esta acción normativa, ha conseguido la O.I.T. edificar una especie de derecho común internacional que abarca amplios sectores de los derechos humanos y que surte efectos, tanto en el ámbito de los derechos económicos y sociales como en la esfera de los derechos civiles y políticos.

Por último, desde el punto de vista de la aplicación efectiva de los derechos aludidos, la O.I.T. ha establecido procedimientos que, hasta la fecha, figuran entre los más avanzados en el plano internacional.

A. La creación de una función cuasi-legislativa internacional

Por razón del mandato y de las atribuciones que le habían sido conferidas en virtud del mismo, la creación de la O.I.T. aportó por sí misma desde el primer momento hondas modificaciones en el modo de concebir el derecho internacional y la organización internacional. Su instauración introdujo en efecto una función legislativa internacional que era considerada como « el tipo más acabado de la legislación colectiva internacional ».¹

La innovación afectaba en primer lugar a las materias que podían ser objeto de reglamentación internacional, toda vez que la O.I.T. tenía por misión adoptar normas internacionales dentro de una extensa esfera de acción que comprendía amplios sectores de derechos humanos y que hasta entonces era considerada, con raras excepciones, como hallándose bajo el dominio reservado de los Estados. Antes de 1919, con excepción de algunos tratados bilaterales y de dos convenios adoptados en Berna en el año 1906, los tratados internacionales iban esencialmente encaminados a reglamentar las relaciones exteriores de los Estados y sus intereses particulares. Al crear la O.I.T., el Tratado de Versalles reconoció por vez primera el interés de la

¹ G. Scelle, *Précis de droit des gens*, 2ª parte, París, 1934, pág. 513.

colectividad mundial en reglamentar en forma cuasi-legislativa materias que hasta entonces se consideraban sometidas exclusivamente al orden jurídico interno, al objeto de hacer frente a los problemas que plantean al mundo « la injusticia, la miseria y las privaciones ». ² De esa manera, el mundo fue adquiriendo conciencia de su interés colectivo que le aconsejaba insistentemente hacer frente a tales problemas y creaba un órgano destinado a reglamentarlos por vía normativa. Las cuestiones laborales, en su adopción más amplia, llegaban a ser objeto de reglamentación internacional y ésta podía constituir « la expresión de la solidaridad internacional en materia social ». ³

La forma y la técnica de dicha reglamentación constituyeron asimismo una innovación trascendental en materia de derecho internacional. La Constitución de la O.I.T. introdujo, en efecto, el concepto de unos instrumentos internacionales adoptados en virtud de determinada mayoría por una Conferencia internacional que, en diversos aspectos, muestra similitud con las asambleas legislativas nacionales, y la diferencia que presentan tales instrumentos con respecto a los tratados internacionales firmados por plenipotenciarios había de sorprender todavía durante bastante tiempo a ciertas cancillerías tradicionalistas. Como no dejaba de subrayarse ⁴ veinte años después de creada la Organización, ésta había constituido el primer intento de la humanidad de implantar dentro de un marco constitucional un procedimiento sistemático de legislación internacional aplicable a órdenes de materias variados y de suma importancia.

En el marco de esta nueva concepción de instrumentos internacionales colectivos que eran mucho más que meros tratados multilaterales, una particularidad que ha revestido especial importancia para el desarrollo de una actividad legislativa internacional fue el abandono de la vetusta regla de la unanimidad. Las disposiciones de la Constitución de la O.I.T. introdujeron, en 1919, la norma con arreglo a la cual la adopción de convenios o recomendaciones exige solamente una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados en la Conferencia Internacional del Trabajo. La decisión colectiva mediante votación por una mayoría calificada, en el seno de un órgano internacional, reemplazaba así la fórmula que exige para la conclusión de tratados diplomáticos, el consentimiento de todos los Estados Partes. Si desde entonces, en efecto, la técnica de tales convenios colectivos encuadrados en un marco institucional ha sido ampliamente utilizada, no cabe duda que su introducción en 1919 constituyó una importante innovación.

² Prólogo de la Parte XIII del Tratado de Versalles.

³ G. Scelle, *Cours de droit international public (doctorat)*, *Faculté de droit de Paris*, 1947-1948, pág. 284.

⁴ C. Wilfred Jenks, « Les instruments internationaux à caractère collectif », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1939, tome III, pág. 435.

Otra innovación que trajo consigo el establecimiento de la Organización y que conserva aún hoy toda su trascendencia es la circunstancia de que, por vez primera, un órgano internacional no estuviera integrado únicamente por representantes de los Estados. Al lado de éstos, los representantes de los principales copartícipes de la vida económica de los países, o sea, de los empleadores y de los trabajadores, obtenían en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, el derecho a hacerse oír desde la tribuna internacional, y ésto lo conseguían en la doble acepción de este término: se les otorgaba el derecho a manifestar sus opiniones y a emitir su voto. De esa forma, no sólo los representantes de los diversos intereses en cuestión quedaban directamente asociados a las decisiones adoptadas sobre los asuntos que les afectaban, sino que, además, de un modo más general, la opinión pública tenía la posibilidad de manifestarse oficialmente en el plano internacional. Las cuestiones internacionales dejaban de ser de la incumbencia exclusiva de los gobiernos. En lo sucesivo, los pueblos por sí mismos, a través de los representantes de amplios sectores, habrían de tener libre acceso a dichas cuestiones. Esta profunda originalidad sigue siendo, cincuenta años después, una particularidad única en su género de la O.I.T. entre las organizaciones internacionales y ha surtido un doble efecto: en el plano nacional, ha preparado a los representantes de los trabajadores a las responsabilidades que, cada día en mayor grado, les están asignadas en las sociedades modernas y ha constituido un elemento de desenvolvimiento democrático y de estabilidad, dándose, por lo demás, el caso de que el tripartismo ha sido ulteriormente introducido, a ejemplo de la O.I.T., en numerosos organismos nacionales; en el plano internacional, ha infundido un particular dinamismo a la actividad de la O.I.T. y ha dado mayor realce a sus decisiones.

El sistema introducido por la Constitución de la O.I.T. aportaba además una innovación nada despreciable en lo concerniente a los efectos que están llamados a surtir los instrumentos adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo. Aun cuando los convenios internacionales del trabajo obligan tan sólo a los Estados que los han ratificado, no obstante las propuestas de los gobiernos francés e italiano que aspiraban, en 1919, a que tuvieran fuerza plenamente obligatoria, todos los Estados Miembros de la O.I.T. están obligados a someter los convenios y recomendaciones adoptados por la Conferencia a sus respectivas autoridades nacionales competentes, es decir, normalmente a su órgano legislativo, dentro de un término de doce o de dieciocho meses contado desde la fecha de su adopción, lo mismo en el caso de que el Estado en cuestión haya votado a favor de la adopción del texto respectivo, que en el supuesto contrario. De esa forma, los Parlamentos son llamados a examinar el curso que convenga dar a los convenios y recomendaciones y esta obligación

constitucional, que tiende a conseguir que esos textos sean debidamente tenidos en cuenta por la autoridad facultada para darles efecto y, de un modo más general, que sean sometidos a la opinión pública, ha contribuido indudablemente a estimular la aplicación y la ratificación de los convenios. Esta norma ha inspirado, desde entonces, a otras organizaciones⁵ e incluso ha habido quienes se han preguntado si no habría medio de hacerla extensiva, en particular, a los convenios adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas.⁶ Lo que realmente le confiere un realce especial dentro del marco de la O.I.T. es la circunstancia de estar consagrada por la Constitución de la misma y de que su cumplimiento sea observado de cerca por la Organización a través de sus procedimientos de control de los que se tratará más adelante.

Una consecuencia importante del marco institucional y del procedimiento seguido para la adopción de los convenios internacionales de trabajo — y, en particular, de la participación de elementos no gubernamentales en dicha adopción — es que en virtud de una regla sólidamente asentada,⁷ dichos convenios no pueden ser ratificados con reservas, habiendo toda ratificación de llevar implícitamente consigo la obligación de aplicar todas las disposiciones del convenio respectivo. De esa forma se evita el riesgo de que las ratificaciones vayan acompañadas de reservas susceptibles de vaciarlas de su contenido,⁸ como también el de una desigualdad entre las obligaciones asumidas por los diversos Estados que ratifiquen esos convenios.⁹

⁵ Véase Roberto Ago, « La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968, pág. 119 y para la U.N.E.S.C.O., H. Saba, « L'activité quasi-législative des institutions spécialisées des Nations Unies », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1964, tomo I, págs. 650-651.

⁶ En tal sentido, Roberto Ago, *op. cit.*, págs. 120 y sigs.

⁷ Véase el memorandum de la Oficina Internacional del Trabajo elevado a la Corte Internacional de Justicia (C.I.J., *Plaidoiries*, « Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide », págs. 218-282, y B.I.T., *Boletín Oficial*, vol. XXXIV, 1951, págs. 280-316).

⁸ Por lo que respecta a la existencia de un riesgo de esa índole para los Pactos de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, véase C. Wilfred Jenks, « The United Nations Covenants on Human Rights Come to Life », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968, pág. 808.

⁹ Hay, evidentemente, que distinguir entre las reservas, que son inadmisibles en la O.I.T., y ciertos casos en que los convenios internacionales de trabajo autorizan expresamente a los Estados a formular, en determinadas condiciones, declaraciones en las que precisen las obligaciones que asuman al ratificarlos.

B. La adopción de instrumentos internacionales y la formulación de normas internacionales

Aún cuando la Constitución de la O.I.T. había creado así, desde 1919, la armadura de una función cuasi-legislativa internacional, quedaba todavía por hacer que funcionara el sistema. Durante los cincuenta años que han transcurrido desde entonces, esta función cuasi legislativa de la Organización ha sido vigorosa e intensamente ejercida. Nos hallamos actualmente ante un imponente conjunto de instrumentos de los que dimanen obligaciones internacionales en el ámbito laboral, que vienen a reforzar ciertos principios constitucionales de la Organización y que aparecen puntualizados y prolongados a través de una actividad jurisprudencial de sus organismos de control.

1. Los convenios y las recomendaciones internacionales

(a) Los convenios y recomendaciones adoptados

Conforme la preveía la Constitución de la O.I.T., es precisamente en los convenios y recomendaciones donde se encuentra lo esencial de las normas formuladas por la O.I.T. Estas dos clases de instrumentos presentan una naturaleza jurídica distinta. Las recomendaciones no pueden ser objeto de compromisos internacionales en cuanto al fondo, siendo así que su verdadera finalidad consiste en orientar la acción de los Estados en el plano nacional. Implican, no obstante ciertas obligaciones tendientes a que el curso que pudiere dárseles sea debidamente examinado por las autoridades nacionales y que a la Organización se le faciliten memorias acerca de su aplicación. Los convenios, por el contrario, están destinados a crear obligaciones internacionales que vinculen a los Estados que los ratificaren y que, de esa forma, se comprometieren a aplicar las disposiciones contenidas en los mismos.

En el curso de los cincuenta años transcurridos desde 1919 hasta 1958, la Conferencia Internacional del Trabajo ha adoptado en la forma expuesta, 128 convenios y 132 recomendaciones. La línea general seguida por la Organización en el curso de su actividad legislativa ha sido la adopción sucesiva, habida cuenta del grado de urgencia y de madurez de las cuestiones tratadas, de instrumentos distintos y formulados con precisión que versaren sobre cuestiones claramente determinadas y que pudiesen ser ratificados separadamente, con preferencia a instrumentos de carácter general que abarcaran un extenso conjunto de derechos distintos que forzosamente hubieran presentado un menor grado de precisión y a los cuales les hubiera sido difícil obtener suficiente número de votos favorables para asegurar su adopción y que, debido a las dificultades inherentes a una u otra de sus disposiciones, no hubieran logrado sino un número más limitado de ratificaciones. Es, por consiguiente,

tratando sucesivamente, en instrumentos distintos, las cuestiones que son de su incumbencia, como la O.I.T. ha procedido progresivamente a la elaboración de normas internacionales de trabajo.

(b) *La ratificación de los convenios internacionales de trabajo*

Los convenios internacionales de trabajo han sido objeto, hasta la fecha, de unas 3.400 ratificaciones,¹⁰ a las que hay que añadir unas 1.200 declaraciones de aplicación a territorios no metropolitanos.

De esa forma se ha llegado a crear una extensa red de obligaciones internacionales que, por sí sola, atestigua el éxito y la vitalidad de este método normativo. Por otra parte, cabe observar una tendencia bien manifiesta al aceleramiento del ritmo de las ratificaciones que no se explica únicamente por el aumento de convenios y de Estados Miembros de la Organización y que la prudencia acrecentada de que dan muestra los Estados en materia de ratificación de convenios, por razón de la vigilancia ejercida por los órganos de control, no ha llegado a frenar. Siendo así que ha sido necesario esperar cerca de treinta años para alcanzar la cifra de 1.000 ratificaciones, han bastado doce años para llegar a la dosmilésima ratificación y menos de cinco años para rebasar el tercer millar.

En esta red de obligaciones internacionales, las mallas son, según los casos, más o menos estrechas. Ante todo se observa que el número de ratificaciones varía considerablemente según los países, habida cuenta de factores de toda índole (constitucionales, jurídicos, técnicos, políticos, económicos o sociales). Así resulta que 24 países han ratificado por lo menos 40 convenios cada uno de ellos, 15 países, por lo menos 50, y ocho países, más de 60. El promedio de las ratificaciones es de 43 para los países de Europa Occidental, de 39 para los países de Europa Oriental, de 29 para los países de América, de 23 para los países de África, de 20 para los países de Oriente Medio, de 15 para los otros países de Asia y de 36 para los países de Oceanía.

Se da asimismo el caso que determinados convenios han obtenido un número mucho más elevado de ratificaciones que otros. Treinta y dos convenios han sido objeto de no menos de 40 ratificaciones, 21, de no menos de 50 ratificaciones y trece, de no menos de 60 ratificaciones. Más particularmente, los seis convenios que se consideran como concernientes de un modo más directo a los derechos humanos

¹⁰ Esta cifra comprende 655 ratificaciones que representan la confirmación por parte de 44 Estados que han accedido a la independencia, de obligaciones anteriormente asumidas en nombre de los mismos por Estados que aseguraban sus relaciones internacionales. La práctica seguida en esta materia por un número tan elevado de Estados ha aportado una valiosa contribución, en caso de sucesión de Estados, al mantenimiento de las obligaciones internacionales en el ámbito de los derechos humanos.

fundamentales y que versan sobre la libertad sindical, el trabajo forzoso u obligatorio y la discriminación, han obtenido un promedio de 77 ratificaciones.¹¹

(c) *Actualidad de una reglamentación internacional*

No dejará, tal vez, de haber quienes se pregunten si no implica, a pesar de todo, seguir un punto de vista excesivamente jurídico, el fundar la acción internacional en instrumentos que traen consigo compromisos internacionales, más bien que en una acción de índole esencialmente práctica que pudiera ser más directa o, en todo caso, en textos que no dieran lugar a que se produzcan obligaciones internacionales en el sentido estricto. Esta objeción hubiera sido de algún peso, si no hubieren de tenerse en cuenta cuatro factores esenciales.

En primer lugar, al lado de las normas que adopta, la O.I.T. utiliza diversos medios complementarios, tales como una asistencia técnica de gran envergadura y medidas educativas y de formación profesional para tratar de alcanzar sus objetivos.

En segundo lugar, la acción práctica sólo puede obtener resultados consistentes apoyándose sobre normas bien definidas y que no puedan ser controvertidas, y es ésta precisamente una de las numerosas funciones encomendadas a los convenios y recomendaciones.¹²

En tercer lugar, la legislación deviene cada día más marcadamente un instrumento esencial de la política social de todos los países y es objeto de constantes modificaciones dentro de un mundo que se encuentra en rápida evolución. Las normas internacionales — que ellas mismas, como se verá más adelante, se encuentran constantemente en vías de revisión — resultan por consiguiente más necesarias que nunca para inspirar la acción de los legisladores nacionales.

En cuarto lugar, aun cuando no se debe en modo alguno estimar en menos de lo que merece el efecto que las normas internacionales son susceptibles de producir en un ámbito más general como fuente de inspiración para los diversos Estados, dichas normas implican obligaciones internacionales para los Estados que ratifiquen los convenios correspondientes y la creación de compromisos internacionales

¹¹ El Convenio (núm. 87) relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, 1948, ha obtenido 76 ratificaciones; el Convenio (núm. 98) relativo a la aplicación del principio del derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, ha conseguido 84 ratificaciones; el Convenio (núm. 29) sobre el trabajo forzoso u obligatorio, 1930, ha obtenido 100 ratificaciones; el Convenio (núm. 105) relativo a la abolición del trabajo forzoso, 1957, 82 ratificaciones; el Convenio (núm. 100) sobre igualdad de remuneración, 1951, 64 ratificaciones, y el Convenio (núm. 111) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958, 66 ratificaciones. (Las cifras corresponden al mes de Octubre de 1968).

²² Véase C. Wilfred Jenks, « Les fonctions et les formes de la législation internationale du travail », *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, París, 1935, tomo II y págs. 561 a 569.

con respecto a los mismos ofrece la base más consistente para una vigorosa acción internacional tendiente a conseguir que dichas normas lleguen a aplicarse de un modo efectivo.

Tanto en sí mismas, por consiguiente, como si se las considera como fundamento de otras actividades de la Organización, las normas internacionales formuladas en los convenios y recomendaciones conservan toda su actualidad.

Las normas en cierto modo legislativas que, como hemos visto, se hallan contenidas en los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo aparecen por lo demás completadas en cierto modo por los principios formulados en los textos constitucionales de la O.I.T.

2. Los principios constitucionales

La Constitución de la O.I.T. no es una declaración de derechos en la acepción propia de este término. Tiende esencialmente a crear una Organización y un mecanismo para la implantación de normas valiéndose de los convenios y recomendaciones y a definir la misión encomendada a dicha Organización así como los objetivos de dicha acción normativa. Esto no impide que al propio tiempo la Constitución de la O.I.T. haya formulado determinados principios esenciales que aparecen afirmados en su texto inicial de 1919 y han sido desarrollados después de la segunda guerra mundial. Dichos principios figuraban — y continúan figurando — en el Preámbulo de la Constitución que enumera las cuestiones acerca de las cuales se impone una acción por parte de la Organización. Han adoptado también, en 1919, la forma de nueve « principios generales » que figuraban como anexo a la Parte XIII del Tratado de Versalles. En 1944, una Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en Filadelfia e incorporada ulteriormente a la Constitución, ha reafirmado y puntualizado los principios fundamentales de la Organización. Dichos principios constitucionales no han servido únicamente para orientar la acción de la Organización. No se trata de unos principios que, como acaece frecuentemente con declaraciones solemnes de este género, estuvieran dotados exclusivamente de una autoridad moral que desde luego no cabe subestimar. Han surtido también efectos jurídicos en un número determinado de cuestiones, habiendo llegado a formarse progresivamente la convicción que un Estado Miembro de la O.I.T., viene obligado, por el hecho de su participación en dicha Organización, de respetar ciertos principios fundamentales previstos en términos generales por la Constitución de la O.I.T. que ha aceptado.

Así resulta que el principio conforme al cual « la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante » ha constituido uno de los fundamentos de una acción enérgica en el

ámbito de la libertad sindical. Asimismo, el principio en virtud del cual « todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades » ha constituido a su vez la base de la acción emprendida por la Organización contra la discriminación y, en particular, contra el *apartheid* en el ámbito laboral.

3. La jurisprudencia de los órganos de la O.I.T.

Las disposiciones contenidas en los convenios y recomendaciones de la O.I.T. y los principios afirmados en su Constitución han sido, a través de los años, concretados, puntualizados y a veces prolongados por la jurisprudencia de los órganos quasi-judiciales establecidos por la O.I.T. con miras a promover y controlar la aplicación efectiva de dichas normas. Así, por ejemplo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha formado desde su creación en 1927 una importante jurisprudencia que, aun cuando no tenga reconocida la condición de autenticidad que el artículo 37 de la Constitución de la O.I.T. confiere a los dictámenes de la Corte Internacional de Justicia en materia de interpretación de convenios, ha adquirido una autoridad indiscutible.¹³ Dicha jurisprudencia ha puntualizado el alcance de algunas de esas normas en particular por lo que afecta a determinados convenios redactados en términos generales tales como aquellos que versan sobre la libertad sindical y el trabajo forzoso. Aún más, en el terreno de la libertad sindical el Comité de Libertad Sindical, como se observará más adelante, se ha visto impulsado, al examinar las quejas que le habían sido sometidas, a formular una serie de principios que han venido a completar en determinados conceptos las normas contenidas en los convenios adoptados sobre esta materia.¹⁴

C. LA FORMACION DE UN DERECHO COMUN INTERNACIONAL

A partir del año 1919, la O.I.T. había abierto el camino para la creación de un derecho común internacional en el ámbito de los derechos humanos. Como escribía el presidente René Cassin, « en

¹³ A este respecto, véase C. Wilfred Jenks, « The Corpus of Social Justice », *Law Freedom and Welfare*, Londres, 1963, pág. 124.

¹⁴ A este respecto, véase C. Wilfred Jenks, « *The International Protection of Trade Unions Freedom* », Londres, 1957, págs. 235-459; N. Valticos, « La Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale et le mécanisme de protection internationale des droits syndicaux », *Annuaire français de droit international*, 1967, pág. 454.

primer lugar, la noción de un derecho común internacional relativo a las libertades individuales fundamentales halló una base convencional en la Parte XIII del Tratado de Versalles, que constituye la Carta de la Organización Internacional del Trabajo». ¹⁵ Desde entonces, los convenios y recomendaciones adoptados a través de los años han ido edificando progresivamente un sistema coherente que constituye un verdadero Código Internacional del Trabajo. Esta actividad normativa ha versado tanto sobre derechos sociales y económicos como sobre derechos civiles y políticos y se ha basado en el principio de la interdependencia estrecha que existe entre estas dos grandes categorías de derechos. En ciertos casos, los derechos consagrados pueden ser de aplicación inmediata, en otros casos, se trata más bien de derechos-programas. Una reglamentación de esa índole ha planteado evidentemente la cuestión del nivel al que deben situarse derechos de vocación universal y el medio siglo que acaba de transcurrir ha planteado el problema de su adaptación a la prueba del tiempo. La reglamentación así adoptada ha dado lugar a la formación de un derecho común internacional en el ámbito de los derechos humanos. Estos distintos puntos requieren que se puntualicen en algunos de sus extremos.

1. Reglamentación internacional e interdependencia de los derechos sociales y económicos y de los derechos civiles y políticos

La actividad normativa de la O.I.T. ha dado lugar en primer término al reconocimiento y a la reglamentación internacional de un número crecido de materias comprendidas en la categoría de los derechos sociales y económicos. Como se ha puesto de relieve ¹⁶ ha dado por resultado que, contrariamente a lo que ocurría en la mayoría de los países, en materia de derecho interno, los derechos económicos y sociales han sido reconocidos en el plano internacional mucho antes que los derechos civiles y políticos. Es a partir del año 1919 cuando los derechos económicos y sociales reconocidos en el pleno internacional por la Constitución de la O.I.T. y, ulteriormente, por los convenios y recomendaciones adoptados por esta última y, después de la segunda guerra mundial, es decir, a contar de 1944, o sea cuatro años antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando los principios y objetivos de la O.I.T. han sido reafirmados y desarrollados

¹⁵ René Cassin, « L'homme, sujet de droit international, et protection des droits de l'homme dans la société universelle », en *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, París, 1950, tomo primero, pág. 68.

¹⁶ C. Wilfred Jenks, « Human Rights, Social Justice and Peace — The Broader Significance of the I.L.O. Experience », en Norwegian Nobel Institute, *Nobel Symposium International Protection of Human Rights*, Oslo, septiembre 1967, ed. Asbjørn Eide y August Schou, Estocolmo, 1968, págs. 227 y sig.

por la Declaración de Filadelfia. Y por cierto, algunos de los principios fundamentales de la Declaración Universal han sido inspirados en gran parte por los formulados por la O.I.T.

La acción normativa de la O.I.T. ha continuado desonvolviéndose de esa forma durante cincuenta años con miras a una reglamentación internacional de las cuestiones de su competencia y ha dado lugar en primer término a la adopción de un conjunto impresionante de normas comprendidas en el marco de los derechos económicos y sociales. Al propio tiempo, ha dado también lugar a la adopción de importantes normas en el ámbito de los derechos civiles y políticos y ha subrayado la interdependencia estrecha existente entre estas dos grandes categorías de derechos para que la noción de derechos humanos tenga una verdadera y plena significación.

En primer lugar, a través de la noción de justicia social, que resume los objetivos de la Organización, ésta ha querido subrayar que un mejoramiento de las condiciones de trabajo y de vida, una lucha contra la « injusticia, la miseria y las privaciones » conforme a los términos de la Constitución de la O.I.T. son un elemento esencial de la dignidad humana. Para los millones de seres que se encuentran en la miseria y sometidos a privaciones, el goce de los solos derechos civiles y políticos parecería cosa harto insuficiente si no fuera acompañada de medidas destinadas a aliviar su situación material. En este sentido, la acción de la O.I.T. ha contribuido grandemente a que la noción de los derechos humanos, originariamente limitada a los solos derechos civiles y políticos, como acaecía en las primeras Declaraciones de derechos nacionales del siglo XVIII, comprenda al mismo título los que se han venido a denominar derechos económicos y sociales. Más particularmente desde 1919 gran número de convenios y recomendaciones de la O.I.T. han elaborado normas concretas en materias de condiciones de trabajo y de vida, tales como la duración del trabajo, el descanso semanal, las vacaciones pagadas, el empleo de mujeres y niños, la seguridad social, la seguridad e higiene del trabajo, el salario, el desarrollo de los recursos humanos, etc., acerca de las cuales han sido introducidas ulteriormente disposiciones de carácter general en la Declaración Universal de 1948 y en el Pacto de 1966, relativo a los derechos económicos, sociales y culturales.

A la inversa, el mejoramiento de las condiciones materiales de existencia, por sí sólo, por muy imperativo que sea, está lejos de agotar los esfuerzos en pro del mejoramiento de la condición humana. La O.I.T. ha hecho resaltar con tanta o más insistencia la importancia de ciertas libertades fundamentales sin las cuales la dignidad humana no tendría tampoco sentido. Al afirmar que « el trabajo no es una mercancía » y que « la libertad de expresión y de asociación son esenciales para el progreso constante » y que todos los seres humanos « tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo

espiritual en condiciones de libertad y de dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades », al adoptar convenios destinados a proteger la libertad sindical, a prohibir el trabajo forzoso y la discriminación en el empleo,¹⁷ ha subrayado la importancia de los principios de libertad y de igualdad y de una doble lucha paralela contra la necesidad y contra el miedo.

Esta interdependencia entre los derechos económicos y sociales y los derechos civiles y políticos no se ha evidenciado, por cierto, sólo en aquello que afecta más particularmente a los derechos civiles y políticos, como, por ejemplo, la libertad de sindicación cuya protección incumbe especialmente asegurar a la O.I.T. Se ha manifestado asimismo con respecto a libertades civiles más amplias cuyo respeto constituye una condición previa para el ejercicio de esos derechos. Así vemos que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que el ejercicio de la libertad sindical « refleja necesariamente el marco más amplio de las libertades civiles y políticas de que disfrutaban los habitantes de un país » y ha insistido a este respecto en « la importancia que posee en todos los países la existencia de una *regla de derecho*, único medio de asegurar el respeto de los derechos fundamentales del hombre » y que « esto es esencial, cualquiera que sea su régimen político, económico y social en vigor ».¹⁸

Por su parte, el Comité de Libertad Sindical, en muchos casos en los cuales ha conocido en quejas sobre menoscabo de los derechos sindicales, ha insistido en la necesidad en que se encuentran los Estados de observar determinados principios de carácter más general de los derechos humanos, sin cuya observancia la aplicación de las normas contenidas en los convenios sobre libertad sindical se vería comprometida o incluso reducida a la ineficacia. De esa forma, ha logrado establecer determinado número de normas que pudieran ser de mayor alcance para la protección de los derechos humanos, tales como aquellos que versan sobre el derecho de reunión, el derecho de expresión por medio de la prensa, el derecho de hacer uso de la palabra, la libertad de desplazamiento de las personas, el derecho de toda persona detenida de beneficiarse de un procedimiento rápido y equitativo sometido al fallo de una autoridad imparcial e independiente, la no retroactividad de las penas, etc. Dichas libertades civiles no se encuentran ellas mismas dentro de la esfera de competencia de la O.I.T., pero son condición previa para que los objetivos de esta última puedan ser alcanzados. Por tal motivo, la O.I.T. ha colaborado

¹⁷ Véase C. Wilfred Jenks, *Human Rights and International Labour Rights*, Londres y Nueva York, 1960.

¹⁸ Conferencia Internacional del Trabajo, 43.^a reunión, Informe III, Parte IV, Informe de la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, tercera parte, párrafos 155-156, pág. 151.

plenamente en la acción de las Naciones Unidas en el terreno de los derechos humanos. Es asimismo en este mismo espíritu como se prevé actualmente la inscripción en el orden del día de una próxima reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la cuestión relativa a los derechos sindicales y las libertades civiles.

En este mismo sentido se pronuncia el Convenio (núm. 105) relativo a la abolición del trabajo forzoso, 1957, que prohíbe todo trabajo obligatorio, entre otros casos, « como medio de coerción o de educación política, o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido », el cual Convenio, aunque no está destinado a garantizar la libertad de pensamiento o de expresión como tales, plantea en diversos conceptos el problema de esas libertades civiles con un carácter más general.

2. Derechos de aplicación inmediata y derechos-programas

La cuestión de los derechos económicos y sociales considerados en calidad de derechos humanos ha sido ya objeto de examen en un reciente número de esta *Revista*.¹⁹ Será, por consiguiente, suficiente recordar brevemente que algunos de los referidos derechos económicos y sociales no poseen un contenido susceptible de ser objeto de aplicación automática, como es el caso de la mayor parte de las libertades civiles, sino que consisten frecuentemente en una descripción general de objetivos que se tienen en vista.²⁰ Constituyen, en efecto, en muchos casos, más bien programas de acción para los gobiernos que verdaderos derechos cuya observancia pudiera ser solicitada directamente por los individuos. Aun cuando resulta que su ejecución deberá, en tales casos, efectuarse a través de medidas o de procedimientos nacionales tendientes a concretar y a individualizar la norma internacional, no debe inferirse de ello que esta circunstancia haya de privar a tales derechos de su naturaleza de tales y que aquellos derechos que se ha dado en denominar « derechos-obligaciones » hayan de verse confinados en una categoría inferior a la de los « derechos-facultades ».²¹ Esto, no obstante, ha de influir forzosamente sobre la

¹⁹ C. Wilfred Jenks, « El trabajo, el disfrute del tiempo libre y la seguridad social como derechos humanos en la comunidad mundial », *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, junio de 1968, tomo IX, núm. 1, Número especial, 1968, págs. 58-68.

²⁰ Véase también, por lo que respecta a los Pactos internacionales de los derechos humanos, Egon Schwelb, « Some Aspects of the International Covenants on Human Rights of December 1966 », en *International Protection of Human Rights*, Proceedings of the Seventh Novel Symposium, Oslo, 1967, publicado bajo la dirección de Asbjörn Eide y August Schou, Estocolmo, 1968, págs. 107-110.

²¹ Véase René Cassin, « Veinte años después de la Declaración Universal », *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, diciembre de 1967, tomo VIII, núm. 2, Primera parte, número especial, 1968, pág. 13.

formulación exacta de tales derechos al nivel internacional. Así resulta que entre los derechos consagrados en los convenios internacionales de trabajo algunos de ellos aparecen formulados en términos que suponen que pueden ser objeto de aplicación inmediata en el caso que la norma fuera aceptada por un país determinado — y a reserva del problema distinto que plantea la técnica jurídica de introducción de la norma respectiva en el orden jurídico interno (por ejemplo, para los convenios que versan sobre la edad mínima de admisión al empleo, sobre licencia de maternidad, sobre libertad sindical o sobre prohibición de trabajo forzoso), mientras que otros convenios requieren medidas detalladas que han de adoptarse al nivel nacional para su aplicación en muchos casos progresiva mediante un programa de acción sistemática y siguiendo métodos frecuentemente variados de índole legislativa, administrativa y contractual (por ejemplo, tratándose de convenios en materia de seguridad social, de igualdad de remuneración, de igualdad de oportunidades y de trato, de política del empleo o de político social). Esta diferencia no impide empero que los mismos procedimientos de implantación sean aplicados por la O.I.T. para estas dos categorías de derechos cuyos límites aparecen en muchos casos imprecisos.²²

3. El nivel de las normas universales

Cualesquiera que sean los derechos que en virtud de lo expuesto aparecen reconocidos en el plano internacional, la cuestión que se plantea en cada caso es la del nivel en que haya de situarse una norma internacional que aspire a ser aplicable a Estados que se encuentran en fases muy distintas en cuanto a su desarrollo y cuyas condiciones económicas, sociales y políticas varían considerablemente.

Si lo que se pretende es establecer derechos que tengan un valor universal, ¿no nos hallaríamos ante un dilema que pudiera formularse en los términos siguientes: o bien establecer una norma susceptible de ser aceptada por el mayor número de países, en cuyo caso se correría

²² Como es sabido, los Pactos de derechos humanos de las Naciones Unidas prevén, por el contrario, sistemas de implantación distintos por lo que respecta al Pacto relativo a los derechos civiles y políticos y al Pacto relativo a los derechos económicos, sociales y culturales. La explicación facilitada a este respecto en el primer caso es que las obligaciones de los Estados se entiende que aparecen formuladas con precisión y que son de aplicación inmediata, y que en el segundo caso, se entiende que versan sobre la aplicación progresiva de derechos reconocidos. Cabe lamentar esta diferenciación habida cuenta que el contenido distinto de un derecho no es motivo bastante para limitar el control de su aplicación y que, por el contrario, para los derechos de aplicación progresiva, existe un interés particular en que se puedan seguir los progresos efectivamente realizados en el curso de los años. Por otra parte, un control internacional es tanto más necesario para los «derechos-programas» cuanto que, por definición no son objeto de procedimientos internos que puedan ser invocados por particulares.

el riesgo, al esforzarse en obtener un denominador común, de establecer normas a un nivel demasiado bajo para que puedan implicar un verdadero progreso de carácter general, o bien, de lo contrario, establecer un nivel tan elevado que dichos convenios se situarían fuera del alcance de la mayoría de los países interesados?

Interesa, desde luego, tener presente que, contrariamente a lo que aspiran determinadas codificaciones nacionales o internacionales, el objeto de los convenios internacionales de trabajo no es meramente establecer normas que, al tiempo de su adopción, corresponden a la mayor parte de las normas nacionales en vigor y aseguren su armonización con fines de comunidad. No se trata de una operación estática de codificación, sino de instrumentos dinámicos que tiendan a asegurar un progreso armonizado. En tal concepto, se ha subrayado que « una norma que no represente ninguna ventaja sustancial sobre una práctica común es también de una utilidad muy limitada ».²³ Por otro lado, siempre que se trata de ciertos principios esenciales de libertad y de igualdad, la preocupación esencial, al tiempo de la adopción de los convenios que versen sobre tales principios, es, por encima de todo, asegurar la salvaguardia de esos derechos, más bien que establecer un texto que corresponda al nivel alcanzado en la mayor parte de los países. Así pues, es evidente que los convenios internacionales no constituyen un código para una utopía, sino que se inscriben en el espacio y en el tiempo. Si una norma resulta manifiestamente inaplicable, o cuando su observancia sólo está al alcance de un número reducido de países, su eficacia, como también se ha hecho resaltar, vendría a ser de las más limitadas. Interesa, por consiguiente, conseguir un equilibrio, a veces difícil, cada vez que haya de formularse una norma, entre « el ideal teórico y el promedio de la práctica efectiva ». Esta es la razón por la cual la elaboración de un convenio ha de ir precedida de un análisis de la legislación y de la práctica en los distintos países, de la consulta con los gobiernos y de las discusiones en el seno de las comisiones tripartitas de la Conferencia. Las técnicas perfeccionadas convenientemente aquilatadas por la O.I.T. para la elaboración de sus convenios y recomendaciones constituyen un servicio — y no de los menos eficaces — prestado por dicha Organización para el establecimiento de instrumentos internacionales.

Diversas fórmulas han sido aplicadas con ánimo de conseguir la flexibilidad necesaria tratándose de instrumento de universal validez destinados a Estados sumamente diversos, sin que esto vaya en detrimento de la eficacia de los instrumentos aludidos. Así resulta: que se ha hecho un esfuerzo para tratar exclusivamente en los convenios los puntos esenciales, que determinados convenios prevén que su

²³ O.I.T., Conferencia Internacional del Trabajo, 29ª reunión, Montreal, 1946, *Cuestiones constitucionales* (Informe II (1)), pág. 65.

aplicación en cada país deberá llevarse a efecto con arreglo a métodos adaptados a las circunstancias y a los usos nacionales, que existen convenios que permiten optar a los Estados entre diversas partes de los mismos o les han conferido la facultad de aceptar, además de determinadas disposiciones obligatorias, partes o anexos facultativos, o de prevalerse de ciertas posibilidades de establecer excepciones. En este terreno, ninguna fórmula puede decirse que sea una panacea. En cada caso, el equilibrio es principalmente una cuestión de buen juicio aplicado a los hechos y a los casos particulares por vía de negociaciones, toda vez que el objetivo consiste en formular normas que puedan ser ampliamente aceptadas y en estimular la realización de nuevas mejoras.²⁴ El número de ratificaciones de que han sido objeto los convenios por parte de países que se encuentran en condiciones económicas, sociales y políticas sumamente distintas atestigua la eficacia de las fórmulas empleadas, siendo así que los progresos que dichas ratificaciones han parecido alcanzar incluso en países desarrollados²⁵ indican que tales fórmulas no han tenido por resultado atenuar las normas.

Algunas veces se ha formulado la pregunta acerca de si, habida cuenta de las diferencias que presentan las condiciones económicas y sociales en las diversas regiones del mundo, una reglamentación establecida a base regional no pudiera tal vez facilitar una solución a los problemas que plantea la adopción de normas universales. No debe, desde luego, ignorarse la función complementaria y a veces de vanguardia que puede ser realizada al nivel regional como ha sido el caso del Convenio europeo de derechos humanos. Si, a pesar de todo, la O.I.T. ha optado por seguir el camino más difícil de una reglamentación universal, es esencialmente porque la existencia de normas regionales que serían distintas de las normas internacionales de carácter general tendería a acentuar, más bien que a reducir, la discrepancia existente entre las que prevalecen en las diversas partes del mundo y que esto hubiera inevitablemente suscitado divergencias entre unas y otras con el riesgo de desacreditar todas ellas.²⁶ El peligro hubiera sido establecer divisiones a modo de compartimentos estancos entre las normas aplicables en las diversas regiones del mundo, privando de este modo a los países de cada una de dichas regiones del

²⁴ Conferencia Internacional del Trabajo, 47.^a reunión, 1963, Informe del Director General, *Programa y Estructura de la O.I.T* (Informe I, Parte 1), págs. 191-194.

²⁵ Véanse los estudios sobre la influencia de los convenios en Suiza, en Italia, en Noruega, en el Reino Unido y el Bélgica, publicados en la *Revista Internacional del Trabajo*, en junio de 1958, junio de 1961, septiembre de 1964, mayo de 1968 y noviembre de 1968, respectivamente.

²⁶ Conferencia Internacional del Trabajo, 1963, Informe precitado, págs. 214 a 216.

elemento comparativo constituido por las normas universales las cuales, aun cuando fijan objetivos que, para determinados países, pueden aparecer lejanos, pese a todas las fórmulas de flexibilidad que se aplican, no por ello dejan de introducir cierto elemento de estímulo. Como se ha indicado ya en términos inequívocos en una reunión regional de la O.I.T., celebrada en Africa el año 1967, no cabe concebir, tratándose de valores de universal validez tales como la libertad y la igualdad, que pueda haber «sub-normas aplicables a sub-hombres».

4. Los derechos a través del tiempo

Al lado del problema del espacio, se plantea el problema del tiempo. En la marcha acelerada de la historia, cincuenta años, tanto para las organizaciones como para las personas, aun cuando se encuentren en la edad madura, implican riesgos de envejecimiento. Desde hace medio siglo que fueron adoptados los convenios internacionales de trabajo, año tras año, ha podido el tiempo dejar ver las imperfecciones de algunos de ellos y marcar con arrugas a otros. Su adaptación y su renovación han parecido, por consiguiente, necesarios en muchos casos. Unos diez años después de creada la Organización, fué examinado, por tal motivo, en su conjunto el problema de la revisión de los convenios internacionales de trabajo, habiéndose enfrentado mutuamente desde un principio criterios opuestos a este respecto en lo concerniente a los efectos que debiera producir la entrada en vigencia de un convenio revisado sobre el convenio primitivo y las obligaciones asumidas a título del mismo.²⁷ La fórmula establecida a partir de 1929 implica la inclusión en los convenios de unas cláusulas finales que prevean que la adopción de un convenio revisado sobre la misma cuestión no lleva consigo ni la derogación del convenio primitivo ni la anulación de las obligaciones asumidas a título del mismo, pero que el referido convenio no sería ya susceptible de ser objeto de otras ratificaciones — a menos que la Conferencia Internacional del Trabajo decida otra cosa —, después de la entrada en vigencia del convenio más reciente y que la ratificación por un Estado del nuevo convenio lleva consigo automáticamente la denuncia del convenio primitivo. En el marco de dicho procedimiento han sido objeto de revisión 20 convenios y esta revisión tiende, según los casos, bien a flexibilizar los términos de los convenios iniciales al efecto de tener en cuenta las dificultades surgidas, o bien a adaptar los convenios anteriores a las condiciones actuales, o bien a elevar la norma anteriormente establecida y a prever una mayor protección. Independientemente de ello, otros cuatro convenios, sin constituir desde el punto de

²⁷ Véase acerca de esta cuestión C. Wilfred Jenks, «The Revision of International Labour Conventions», *British Year Book of International Law*, 193, págs. 43-64.

vista técnico revisiones, han completado o adaptado normas elaboradas en circunstancias distintas. Es, por consiguiente, alrededor de una quinta parte del total de los convenios adoptados la que representa el esfuerzo de adaptación de convenios más antiguos y esta labor revisora se prosigue sistemáticamente. En efecto, una reglamentación internacional más bien que un código rígido e inmutable, debe tener la condición de una obra viva de la que emane una actividad creadora constante y permanecer abierta a todo cambio de criterios y técnicas en las sociedades humanas, teniendo empero buen cuidado que las modificaciones introducidas correspondan efectivamente a necesidades reales y no pongan en tela de juicio los objetivos fundamentales. En este orden de ideas, los métodos jurídicos de revisión de convenios internacionales de trabajo pueden tener también una significación más amplia desde el punto de vista de la técnica de los tratados multilaterales y del desarrollo de procedimientos que permitan adaptar el orden internacional a circunstancias nuevas por vías jurídicas.

5. Un derecho común internacional en el ámbito de los derechos humanos

¿ En qué medida puede estimarse actualmente que el referido conjunto de normas contenidas en los convenios y recomendaciones internacionales de trabajo ha podido contribuir a la formación de un derecho común internacional dentro de amplias sectores de los derechos humanos ?

Desde un principio cabe sentar con toda evidencia un primer aserto. El número muy considerable de ratificaciones de que ha sido objeto determinado número de convenios, y en particular los relativos a los derechos fundamentales, les han conferido un valor considerable en derecho positivo. Si los dos convenios sobre libertad sindical han obtenido un promedio de 80 ratificaciones y los dos convenios sobre trabajo forzoso un promedio que excede de las 90 ratificaciones, es evidentemente debido a que las normas que contienen, además de las obligaciones internacionales estrictas que implican para los numerosos Estados que los han ratificado, han adquirido una autoridad más general. La acción de la Organización Internacional del Trabajo en el ámbito de algunos de los derechos consagrados en dichos convenios, el efecto que ha logrado obtener de ciertos principios consuetudinarios y la actividad jurisprudencial de sus órganos cuasijudiciales han dado lugar a que, incluso con respecto a Estados que no están ligados por dichos convenios, las normas esenciales en las que éstos se fundan adquieren progresivamente la condición de reglas consuetudinarias o de principios generales de derecho.²⁸ Así resulta que

²⁸ A este respecto, ver, hace ya cuarenta años, N. Politis, « Les transformations du droit international », *Revue de droit international*, 1927, n° 1, pág. 64.

Paul Ramadier que, particularmente en su calidad de ex Presidente del Consejo de Ministros de Francia, tenía indudablemente un concepto certero de las realidades, podía afirmar que la acción del Comité de Libertad Sindical, que había presidido durante diez años, había « hecho resaltar el principio de que la libertad sindical es una especie de regla de derecho consuetudinario internacional que se sitúa fuera y por encima de los convenios ».²⁹ Cabe admitir, en efecto, que mediante la adopción de convenios y recomendaciones y a través de los procedimientos de aplicación de los mismos, de los que se hablará más adelante, la acción de la O.I.T. ha contribuído, además de la creación de obligaciones internacionales estrictas, a la formación o al aceleramiento de la formación de normas consuetudinarias en este terreno.

Si este modo de considerar las cosas pareciera a algunos excesivamente teórico, digamos más claramente: en 128 convenios y 132 recomendaciones figuran normas que abarcan amplios sectores de los derechos humanos; las normas contenidas en esos convenios han sido objeto de unos 4.500 compromisos internacionales contraídos por Estados; para los Estados que no están vinculados con dichas normas, estas últimas, por el hecho de haber sido adoptadas por una Conferencia que agrupa a representantes de gobiernos, de empleadores y de trabajadores del mundo entero, tienen una autoridad particular y constituyen frecuentemente una fuente de inspiración y de referencia para los gobiernos en la elaboración de su política y su legislación sociales. Este elemento desempeña un papel de especial trascendencia para los nuevos Estados que pueden de este modo beneficiarse de la experiencia adquirida por otros países, tales como ha cristalizado en las normas internacionales, pero surte también su efecto para los Estados de mayor antigüedad que aspiran a rejuvenecer reglas y estructuras nacionales superadas por el transcurso del tiempo. La influencia que las normas internacionales pueden ejercer, independientemente de su aceptación formal por un Estado determinado, queda reforzada por el hecho de que dichas normas inspiran también la asistencia técnica que la Oficina Internacional del Trabajo facilita constantemente a numerosos Estados, y también por el hecho de que se han implantado por la O.I.T. procedimientos perfeccionados para promover la aplicación de dichas normas. Esta influencia se manifiesta, por cierto, de un modo evidente en las memorias que los gobiernos envían cada año con respecto a los convenios no ratificados y a las recomendaciones, como asimismo en estudios particulares efectuados a este propósito por determinado número de países.³⁰

²⁹ O.I.T., *Actas de la 121ª reunión del Consejo de Administración*, sesión de 5 de marzo de 1953, pág. 40.

³⁰ Tales estudios han versado sobre una docena de países de condición muy diferente y han sido publicados en la *Revista Internacional del Trabajo*, de 1955 a 1968. La serie de estudios de este género habrá de continuarse.

Teniendo el carácter de derecho internacional positivo para los numerosos países que han contraído obligaciones internacionales en relación con las mismas, las normas internacionales de trabajo constituyen por consiguiente también para la comunidad internacional, una especie de derecho natural o derecho de gentes cuya influencia trascendental, aunque todavía necesariamente desigual e incompleta, va mucho más lejos que los millares de ratificaciones de que han sido objeto. Constituyen, sin duda alguna, un valioso elemento de formación de un derecho común internacional en el ámbito de los derechos humanos.

D. LA IMPLANTACION DE PROCEDIMIENTOS TENDIENTES A PROMOVER Y CONTROLAR LA APLICACION EFECTIVA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

Con toda la importancia que puedan presentar, en primer término, la adopción de normas internacionales y, en segundo lugar, la ratificación de los convenios en que aquéllas se hallan contenidas, no dejan de ser más que las primeras etapas de una acción normativa internacional. Los derechos formulados y a veces formalmente aceptados, correrían el riesgo de permanecer sin efecto si no existiera un mecanismo encargado de proseguir su aplicación. La etapa siguiente, la más difícil en la situación actual de la comunidad internacional, consiste en poner en su punto los procedimientos eficaces de control. En este aspecto, la O.I.T. ha realizado una labor de vanguardia y sus procedimientos son aún actualmente considerados como los más avanzados en el plano internacional³¹ (con la sola excepción, desde el punto de vista de los procedimientos netamente judiciales, del Convenio europeo de derechos humanos de 1950).

³¹ Véase, entre otros, F. M. van Asbeck: « Quelques aspects du contrôle international non judiciaire de l'application par les gouvernements de conventions internationales », *Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht*, volumen publicado en honor del Profesor François, Leyde, 1959, págs. 27-41; H. Golsong: « Implementation of International Protection of Human Rights », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1963-III, págs. 33-48; P. Juvigny: « La protection juridique des droits de l'homme sur le plan international », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. XVIII, núm. 1, 1966, pág. 65; D. W. Bowett, *The Law of International Institutions*, Londres, 1964, págs. 128 y 130; H. Saba: « L'activité quasi-législative des institutions spécialisées des Nations Unies », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1964, vol. I, págs. 636-642; *The United Nations and Human Rights* (18th Report of the Commission to Study the Organisation of Peace), Nueva York, agosto de 1967, pág. 36. Véase también F. Capotorti: « The International Measures of Implementation included in the Covenants on Human Rights », en *International Protection of Human Rights, Proceedings of the Seventh Nobel Symposium*, Oslo, 1967, publicado bajo la dirección de Asbjörn Eide y August Schou, Estocolmo, 1968, págs. 131-148, *passim*.

Estos procedimientos de aplicación tienen dos finalidades: por una parte, aspiran a comprobar que las obligaciones asumidas por los Estados que han ratificado convenios sean ejecutadas satisfactoriamente. Por otra parte, aspiran de un modo más general a promover la aplicación de normas internacionales independientemente de las obligaciones expresamente asumidas por los Estados en relación con los mismos.

1. El control de la aplicación de los convenios ratificados

El problema del control internacional de los acuerdos internacionales ha adquirido, desde el final de la primera guerra mundial y especialmente desde el término de la segunda, una importancia considerable para las relaciones internacionales y para el propio porvenir de la humanidad, debido a la interdependencia creciente de los países, a los progresos tecnológicos vertiginosos y a la conclusión, frecuentemente efectuada en el marco institucional de organizaciones internacionales, de acuerdos que versan sobre cuestiones planteadas a la escala mundial.

La organización de todo control internacional encuentra, no obstante, dificultades de dos órdenes distintos: son en el plan político, en primer término, el dogma de la soberanía nacional — a pesar de la erosión continua de que es objeto dicho concepto³² —, de una parte, y, de otra, las oposiciones políticas entre Estados y grupos de Estados; hay que tener también en cuenta, en el plan jurídico y técnico, las dificultades de la organización propiamente dicha de un control de ese género. El problema que ha hecho en muchas ocasiones la impresión de una cuadratura del círculo, consiste por consiguiente en organizar un control que sea a la vez efectivo y aceptable para los Estados.

En este terreno, la O.I.T. ha abierto nuevos derroteros y su sistema ha inspirado desde entonces, en cierto modo, a algunas otras organizaciones.

Lo que ocurre es que, además de la importancia de orden más general que el control de la ejecución de convenios ratificados reviste para que la propia noción de los compromisos internacionales no quede desacreditada, la O.I.T. le ha dedicado una atención particular

³² Véase N. Politis: « Les transformations du droit international », *Revue de droit international*, 1927, núm. 1, págs. 59-61; Jean Morellet: « Le principe de la souveraineté de l'Etat et son déclin en droit international », *Mélanges Mahain*, París, 1935, tomo II, págs. 200-206, y más recientemente, C. Wilfred Jenks: « Sovereignty to-day », en *Law in the World Community*, Londres, 1967, pág. 31-41, y, para el papel desempeñado por las instituciones especializadas en este proceso, S. Korowicz: « Some Present Aspects of Sovereignty in International Law », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1961-I, pág. 105.

por dos motivos: porque su propio objetivo era que las normas que adopte se traduzcan por un mejoramiento efectivo de la condición de los trabajadores y también porque los convenios se han considerado desde su origen como constitutivos, entre otras fuentes de derecho, de una especie de código de competencia leal entre Estados.

Asimismo se observa que la cuestión del control de la aplicación de los convenios internacionales de trabajo ha estado siempre en conexión íntima con el propio principio de una reglamentación internacional del trabajo. Así se explica que cuando en 1885 fué presentada una moción al Reichstag alemán en favor de una reglamentación internacional del trabajo, Bismarck se opusiera a ello, objetando en particular que una reglamentación de ese género podría ser igualmente vigilada en todos los países. Vemos, en cambio, que cuando fué instituida la Organización Internacional del Trabajo en 1919, su Constitución contenía, basada en un proyecto británico, disposiciones precisas sobre el control de la aplicación de convenios. En el curso de los cincuenta años siguientes, este sistema fué desarrollado en diversos conceptos y simplificado en otros, habida cuenta de la experiencia y de las necesidades.

Este sistema comprende una variedad de procedimientos. Los procedimientos de aplicación general — porque, según se verá, existe también un procedimiento especial en materia de libertad sindical — están fundados, por una parte, en el examen de las memorias facilitadas a intervalos regulares por los gobiernos y, por otra parte, en la presentación de quejas.

(a) *Examen de las memorias periódicas de los gobiernos*

Los Estados Miembros de la O.I.T. están obligados, en primer término, en virtud de la Constitución de la O.I.T., a facilitar, basándose en formularios detallados, memorias anuales sobre la aplicación de los convenios ratificados. Actualmente, sólo se recaban memorias detalladas cada dos años, salvo en el caso de divergencias de alguna importancia. Una copia de dichas memorias debe remitirse a las organizaciones nacionales de empleadores y de trabajadores, que podrán presentar observaciones a este respecto.

Empero, el envío de memorias por los gobiernos no resulta evidentemente suficiente por sí sólo para constituir un verdadero sistema de control. Sólo desde el momento en que las memorias son examinadas y en que se haya logrado evaluar con precisión la conformidad con la obligación internacional y la objetividad, es cuando se podrá realmente decir que se ha procedido al control.

Las referidas memorias son objeto de estudio, en primer término, por una Comisión de Expertos independientes, que son personalidades de primer plano nombradas a título individual por el Consejo de Administración de la O.I.T., a propuesta del Director General de la

O.I.T. Dicha Comisión ha subrayado que había considerado en todo tiempo que las funciones que le estaban encomendadas exigían de la misma que se pronunciara en un espíritu de completa independencia y de perfecta objetividad acerca del grado de conformidad de la situación en cada uno de los países, con las obligaciones asumidas por el mismo y que sus miembros han tenido siempre presente el hecho que están nombrados a título personal y que deben desempeñar sus tareas con completa independencia con respecto a todos los Estados Miembros. La Comisión de Expertos señala las divergencias que haya observado en cuanto a la aplicación por parte de cada uno de los Estados de los convenios que haya ratificado y por lo que que respecta al cumplimiento de la obligación de someter los convenios y recomendaciones a las autoridades competentes.

En segundo lugar, basándose en las conclusiones referidas, una Comisión nombrada cada año por la Conferencia Internacional del Trabajo y en la que han de figurar representantes de gobiernos y de organizaciones nacionales de empleadores y trabajadores, discute acerca de las divergencias comprobadas con los delegados de los gobiernos interesados, con objeto de conseguir la eliminación de dichas divergencias. El espíritu conforme al cual ha de realizar sus tareas ha sido resumido en junio de 1968 por su vicepresidente trabajador que había desempeñado esta función durante 17 años y que subrayó la importancia de la objetividad y la comprensión, la imparcialidad y del diálogo honrado y objetivo.³³

Los dos órganos aludidos vuelven a considerar cada año las cuestiones que no hayan encontrado solución en virtud de intervenciones anteriores de su parte y esta continuidad constituye un elemento esencial para la eficacia del sistema.

Es cierto que el referido procedimiento no ha podido lograr la supresión de todas las divergencias. Los resultados obtenidos por el mismo resultan ser, no obstante, en conjunto netamente positivos. En el curso tan sólo de los últimos cinco años se han podido solventar cerca de 400 casos de divergencias. Un estudio recientemente efectuado,³⁴ que comprende varios millares de casos de ratificación examinados por la Comisión de Expertos en el curso de treinta años ha permitido averiguar que en casi tres cuartas partes de tales casos no había aparecido que pudiera haber divergencia al tiempo de la ratificación. En cuanto a los demás casos en que las divergencias habían sido comprobadas, la proporción de aquellos en que las

³³ Véase Conferencia Internacional del Trabajo, 52.^a reunión, 1968, *Actas Provisionales* núm. 27, Informe de la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones, página XI, párr. 64.

³⁴ E. A. Landy, *The Effectiveness of International Supervisor — Thirty Years of I.L.O. Experience*, Londres y Nueva York, 1966.

medidas necesarias para su eliminación total o parcial habían sido adoptadas a consecuencia de la intervención de los órganos de control, excede del 60 por ciento. La eficacia del procedimiento debe también evaluarse teniendo en cuenta la función preventiva que desempeña por sí sólo la existencia de un mecanismo de control vigilante y existen numerosas indicaciones que permiten afirmar que frecuentemente han surtido este efecto.

(b) *Examen de quejas*

Al lado del sistema fundado en el examen de memorias, la Constitución de la O.I.T. prevé otra serie de procedimientos basados en la presentación de quejas. Se trata de reclamaciones que pueden emanar de organizaciones de empleadores y de trabajadores y de las quejas propiamente dichas que puede formular un Estado contra otro Estado con respecto al incumplimiento de un convenio que ambos Estados en cuestión hubieran ratificado. Dichas quejas no están subordinadas a la existencia para el Estado denunciante de un perjuicio directo que hubiere sido irrogado al propio Estado en cuestión o a nacionales del mismo y se ha hecho constar a este propósito que la noción clásica en derecho internacional de daño directo ha sido abandonada en este caso en nombre del interés general.⁸⁵ El Consejo de Administración podrá asimismo promover este procedimiento sea de oficio, sea en virtud de queja de un delegado a la Conferencia. Los procedimientos respectivos tienen manifiestamente un carácter jurisdiccional. Las comisiones de encuesta que pueden ser nombradas para conocer en las quejas están llamadas a resolver en derecho la cuestión del cumplimiento de un convenio y sus resoluciones tendrán fuerza obligatoria, a menos que una de las partes interponga recurso contra las mismas ante la Corte Internacional de Justicia.

Estos diversos procedimientos no han sido utilizados con frecuencia, pero se han aplicado en el curso de los últimos años en algunas cuestiones importantes. Así, por ejemplo, han sido presentadas en 1961 dos quejas por parte de un Estado contra otro Estado con respecto a la aplicación de los convenios relativos al trabajo forzoso. Con arreglo a lo previsto en la Constitución de la O.I.T., el examen de dichas quejas fué confiado a comisiones de encuesta. Estas fueron integradas por tres personalidades designadas a título individual por el Consejo de Administración, a propuesta del Director General de la O.I.T. El carácter cuasi judicial de su actividad y la independencia

⁸⁵ Véase N. Politis, *La justice internationale*, París, 1924, pág. 252, y recientemente el informe del Juez Jessup en los asuntos del Sudoeste africano (Corte Internacional de Justicia, *Recueil*, 1962, auto de 21 de diciembre de 1962, págs. 428 y 431.) Véase también, en la segunda fase de estos asuntos, los dictámenes del Juez Jessup (Corte Internacional de Justicia, *Recueil*, 1966, págs. 374 y 377), del Juez Tanaka (pág. 252) y del Vicepresidente Wellington Koo (pág. 226).

de los miembros de dichas comisiones ha sido subrayado tanto por el Consejo de Administración como por las propias comisiones. Sus miembros fueron, por cierto, llamados a prestar una declaración solemne en términos parecidos a la de los jueces de la Corte Internacional de Justicia. Dichas comisiones oyeron a las partes como también a los testigos, algunos de los cuales habían sido designados por las propias partes y en uno de ambos casos la Comisión se personó en el lugar de autos (en Angola y en Mozambique) para hacerse directamente cargo de la situación. Las recomendaciones contenidas en los informes de ambas comisiones fueron aceptadas por todas las partes personadas en las quejas y dieron lugar a la adopción de diversas medidas por los gobiernos interesados. El órgano de control regularmente instituido que es la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones fué además encargada de examinar el curso dado a las recomendaciones de las comisiones de encuesta. Más recientemente, se presentó una queja relativa a la aplicación del Convenio sobre libertad sindical por delegados a la Conferencia Internacional del Trabajo y ha sido objeto de un primer examen por el Consejo de Administración en noviembre de 1968.

2. La promoción de la aplicación de las normas internacionales

Los procedimientos que, paralelamente con lo que antecede, tienden de un modo más general a promover la aplicación de las normas internacionales independientemente de toda obligación expresa de que hubieran sido objeto, son por una parte los procedimientos generales relativos a los convenios no ratificados y a las recomendaciones y, por otra parte, el procedimiento especial en materia de libertad sindical.

(a) Los convenios no ratificados y las recomendaciones

Ciertas modificaciones introducidas en la Constitución de la O.I.T. en 1946 y entradas en vigencia en 1948 han implantado una disposición en virtud de la cual los Estados Miembros de la Organización están obligados, a instancia del Consejo de Administración de la O.I.T., a facilitar, con respecto a los convenios no ratificados por los mismos y a las recomendaciones, memorias en las que se indique el estado de su legislación y de la práctica que siguieren en el ámbito de la cuestión considerada, puntualizando en qué medida han podido dar curso a dichos instrumentos o se proponen hacerlo y exponiendo las dificultades que lo impiden o que retrasan la ratificación o la aplicación. Sobre esta base, el Consejo de Administración designa a su elección cada año determinado número de textos que presenten un interés de actualidad y solicita de los Estados interesados que faciliten las informaciones en cuestión. Desde 1948 se han solicitado

memorias de este género con respecto a un centenar de convenios y recomendaciones y, en relación con determinados textos fundamentales en materia de derechos humanos han sido incluso solicitadas memorias de esa índole tres veces seguidas. Este procedimiento ha permitido estimular la atención de los gobiernos acerca de los convenios que no han ratificado y ha dado lugar en determinado número de casos a su ratificación.

(b) *El procedimiento especial en materia de libertad sindical*

La libertad sindical, que constituye un aspecto particular del derecho de asociación, es considerada, como este último, como parte, integrante de los derechos humanos fundamentales. Por tal motivo ha sido objeto de un mecanismo especial implantado en 1950 por la O.I.T., de acuerdo con las Naciones Unidas,³⁶ y que viene a completar los procedimientos generales que son, desde luego, también aplicables a ambos convenios sobre libertad sindical adoptados por la O.I.T. en 1948 y en 1949.

El mecanismo referido aparece fundado en el exámen de quejas que pueden ser sometidas, sea por Estados, sea por organizaciones de empleadores o de trabajadores. El procedimiento es aplicable incluso con respecto a Estados que no han ratificado los convenios sobre libertad sindical. Por lo que afecta a estos últimos, se funda esencialmente en las obligaciones dimanadas de su calidad de Miembros de la Organización y en el hecho de que el principio de la libertad sindical aparece consagrado en la Constitución de la O.I.T. Se basa asimismo en el hecho de que en todo momento se ha considerado a la Organización facultada para promover la realización de sus objetivos valiéndose de órganos de encuesta y de conciliación.

El mecanismo especial que ha sido implantado en virtud de lo que antecede comprende dos órganos: el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical.

³⁶ Véase C. Wilfred Jenks: *The International Protection of Trade Union Freedom* Londres, 1957; del mismo autor: «The International Protection of Freedom of Association for Trade Union Purposes», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1955, págs. 7-115, y, más recientemente: «The International Protection of Trade Union Rights» en *The International Protection of Human Rights*, publicado bajo la dirección de Evan Luard, Londres, 1967, págs. 210-247; N. Valticos: «La Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale et le mécanisme de protection internationale des droits syndicaux», *Annuaire français de droit international*, 1967, págs. 445-468; G. von Potobsky, «Normas internacionales, libertad sindical y derecho colectivo del trabajo» en M. Deveali, *Tratado de derecho del trabajo*, vol. V, Buenos Aires, 1966, págs. 597-699; A. Cassese: «Il controllo internazionale sul rispetto della libertà sindacale nel quadro delle attuali tendenze in materia di protezione internazionale dei diritti del uomo», *Comunicazioni e Studi*, Milán, 1966, págs. 293-418.

El Comité de Libertad Sindical

El Comité de Libertad Sindical es nombrado por el Consejo de Administración de la O.I.T. y comprende nueve miembros, tres de los cuales intervienen como representantes de los gobiernos, tres en calidad de empleadores y los otros tres en concepto de trabajadores. Sus normas de procedimiento contienen diversos preceptos tendientes a asegurar la imparcialidad.

Instaurado originariamente para proceder al examen preliminar de las quejas, el Comité se ha visto encargado progresivamente del examen a fondo de las quejas siempre que aparecía que el envío de los casos a la Comisión de Investigación y de Conciliación encontraría dificultades.

Basándose en proposiciones contenidas en los informes del Comité, el Consejo de Administración ha dirigido en diversas ocasiones recomendaciones a los gobiernos en cuestión. En el curso del examen de unos 550 asuntos que le han sido sometidos, el Comité de Libertad Sindical se ha orientado por las disposiciones contenidas en los convenios de libertad sindical, pero se ha visto inducido a edificar progresivamente una importante jurisprudencia que, como se ha dicho anteriormente, ha puntualizado, completado y prolongado las normas convencionales.

En un número apreciable de casos, las recomendaciones de la O.I.T. han surtido efecto, tanto desde el punto de vista de las medidas legislativas que han podido ser derogadas o enmendadas como de situaciones de hecho que se ha logrado normalizar (casos de dirigentes sindicales encarcelados que han sido puestos en libertad o que han sido objeto de medidas de clemencia). En otros casos, es cierto, las recomendaciones del Comité no han surtido efecto, al menos en lo inmediato. No obstante, por el mero hecho de introducir en este terreno una obligación general de los Estados de dar cuenta de su actuación, aun cuando no hayan ratificado los convenios adoptados en esta materia, resulta que este procedimiento ha tenido un alcance más general y ha podido influir indirectamente sobre el comportamiento de los gobiernos.

La Comisión de Investigación y de Conciliación

El mecanismo implantado en 1950 previa que el órgano encargado de examinar en última instancia las quejas por violación de la libertad sindical sería una Comisión de Investigación y de Conciliación integrada por personalidades independientes, nombradas por el Consejo de Administración de la O.I.T. a propuesta del Director General de la O.I.T. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas aceptó, en nombre de las Naciones Unidas, los servicios de la O.I.T. y los de la Comisión aludida y las Naciones Unidas remiten a la O.I.T.

las quejas recibidas con respecto a Estados Miembros que a la vez lo sean de las Naciones Unidas y de la O.I.T. Empero, con excepción de los Estados que han ratificado los convenios de libertad sindical — cuyo número asciende actualmente a unos 80 aproximadamente —, ningún caso puede ser sometido a la Comisión sino con el consentimiento del gobierno interesado. Los primeros gobiernos, cuya conformidad fué solicitada a los efectos indicados dieron una respuesta negativa por lo que el procedimiento ante dicha Comisión parecía en los comienzos seriamente comprometido. La Comisión hubo de dar, no obstante, fe de vida el año 1964 cuando el Gobierno del Japón dio su consentimiento para el envío a la Comisión de un asunto importante como era la cuestión de los derechos sindicales de las personas empleadas en el sector público en el Japón.

El procedimiento seguido se inspiró en el que se aplica en las comisiones de encuesta designadas en virtud de la Constitución de la O.I.T. La Comisión estaba integrada por tres miembros independientes a quienes el Director General de la O.I.T., indicó específicamente al darles posesión: «... vuestra misión consiste en establecer los hechos sin temor ni parcialidad. Ustedes son únicamente responsables ante su propia conciencia ». La Comisión recogió informaciones, procedió a oír a las partes como también a la audiencia de testigos y se personó ulteriormente en el Japón donde tuvo discusiones privadas con los representantes de las organizaciones denunciadoras y con representantes y miembros del Gobierno. Formuló conclusiones y estableció una serie de recomendaciones en su informe final. El representante del Gobierno japonés, como asimismo el del Consejo General de los Sindicatos del Japón, que era el propio denunciante, aceptaron el informe de la Comisión como base para la solución progresiva de las cuestiones que habían quedado en suspenso, y el procedimiento ha constituido una etapa importante en la historia de las relaciones profesionales en el Japón.

* * *

La significación particular de este mecanismo viene a ser doble: en primer lugar, ha permitido efectuar encuestas y formular recomendaciones tendientes a promover la aplicación de normas internacionales en materia de libertad sindical independientemente de las obligaciones convencionales asumidas por los Estados en este terreno; ha permitido asimismo a los órganos de esa forma instaurados, y en particular al Comité de Libertad Sindical, establecer una jurisprudencia que ha constituido el complemento de las normas de orden más general contenidas en los Convenios.

* * *

Aun cuando el mecanismo especial de protección de la libertad sindical ha constituido una audaz innovación cuando fué implantado en 1950, no ha llegado a agotar el movimiento de adaptación de los procedimientos a las necesidades observadas y recientemente ha venido a agregarse una nueva fórmula a los procedimientos vigentes. Esta fórmula implica la creación de grupos de estudio integrados por personalidades independientes y encargadas, a instancia del gobierno interesado, de estudiar la situación en el ámbito laboral y en el terreno sindical en determinado país. En virtud de discusiones habidas en 1967 y en 1968, este principio ha sido admitido por el Consejo de Administración de la O.I.T. y por la Conferencia Internacional del Trabajo en el caso de España, y la experiencia mostrará si esta fórmula está llamada a ulteriores desenvolvimientos.

3. Medios de acción complementarios

Los diferentes procedimientos de aplicación antes descritos se ven reforzados por otros medios de acción de que dispone la Organización.

Son, en primer término, los estudios y encuestas especiales efectuados en determinados terrenos, cuando se presenta una necesidad excepcional. Este fué el caso de la creación de un Comité Especial del Trabajo Forzoso implantado en 1951 conjuntamente con las Naciones Unidas, cuyos trabajos, que prosiguieron hasta el año 1959, a cargo de un Comité del Trabajo Forzoso, de la O.I.T., consiguieron gran resonancia. Fué también el caso, en el ámbito de la libertad sindical, de los trabajos emprendido por un Comité integrado, como los precedentemente aludidos, por personalidades independientes, bajo la presidencia de Lord McNair, ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, que fué encargado en 1955 de examinar la cuestión de la independencia de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en los países Miembros de la Organización.

En segundo término, recurre la O.I.T. a toda una gama de medidas educativas tendientes a promover la aplicación efectiva de las normas adoptadas.

En último término, la cooperación técnica, que ha adquirido una extensión considerable, puede en muchos casos ayudar a los gobiernos a alcanzar el nivel de las normas internacionales y, por consiguiente, cabe afirmar que ha llegado a establecerse una estrecha coordinación entre la acción normativa y la acción práctica de la Organización.

* * *

4. Las principales características de los procedimientos de aplicación

Lo que antecede pone de relieve las principales características de los métodos de aplicación de las normas internacionales de trabajo.

Se trata, en primer término, de procedimientos de carácter dinámico que, aun hallándose sólidamente arraigados en la Constitución de la O.I.T., son objeto de una adaptación progresiva a las circunstancias y a las nuevas necesidades.

En segundo lugar, interesa puntualizar que dichos procedimientos no versan únicamente sobre la ejecución de las obligaciones asumidas, sino que tienden igualmente, de un modo más general, a promover la aplicación efectiva de las normas internacionales, incluso por parte de los Estados que no han asumido formalmente obligaciones con respecto a las mismas. Han introducido también una responsabilidad general de los Estados de dar cuenta de su acción en terrenos de reconocida importancia tales como el de la libertad sindical.

En tercer lugar, aparece que dichos procedimientos se caracterizan por su diversidad. Algunos de esos procedimientos están fundados en el examen de memorias periódicas de los gobiernos y otros en la presentación de quejas. En ciertos casos, dan lugar a resoluciones de carácter judicial y de obligatoria observancia, siendo así que en otros se encauzan por la vía conciliadora. Los procedimientos jurídicos y los medios de persuasión aparecen combinados en forma que la diversidad y el carácter complementaria de los procedimientos permiten cegar las lagunas que implicaría el recurrir exclusivamente a un solo método, como acaece en otros sistemas de control.

En cuarto lugar aparece que aun cuando los procedimientos indicados no son del tipo puramente jurídico, han sido rodeados de garantías cuasi-judiciales que resultan necesarias para asegurar la regularidad de los procedimientos y obtener una apreciación objetiva e imparcial de las cuestiones examinadas. No se puede insistir lo bastante a este respecto acerca de la importancia que revisten las garantías de objetividad y de imparcialidad para el porvenir del control internacional, que depende, en particular, del grado de confianza que éste pueda inspirar a los gobernantes. A este respecto, el principio fundamental que ha sido fielmente observado por la O.I.T. consiste en confiar la evaluación técnica y jurídica de las cuestiones a órganos integrados por personalidades independientes y no a representantes de gobiernos. El examen imparcial por personalidades independientes es el único que por su naturaleza permite introducir un elemento de serenidad, lucidez y objetividad en las relaciones internacionales y el reconocimiento creciente, aunque todavía incompleto, de este principio en los demás sistemas de control internacional es, tal vez, uno de los más grandes servicios que la O.I.T. haya prestado a la organización internacional.

En quinto lugar, la participación en el control, a través de fases adecuadas, de las organizaciones no gubernamentales de empleadores y de trabajadores ha constituido, al propio tiempo que una fuente de

información, un factor irrecusable de la vitalidad de los procedimientos.

En sexto lugar, los diversos procedimientos evocados aparecen basados en una labor investigadora profundizada y meticulosa, y han dado lugar, en los casos especialmente difíciles, a consultas adecuadas en el ámbito de la « diplomacia discreta », efectuada bajo la responsabilidad del Director General de la O.I.T.

En séptimo lugar, los antedichos procedimientos aparecen reforzados por la circunstancia de que se integran en el conjunto de las actividades educativas, investigadoras y de cooperación técnica de la Organización que se prestan mutuamente su apoyo y refuerzan la acción de conjunto de la Organización para la promoción de los derechos humanos.

Empero, además de esas características, hay que tener en cuenta un elemento suplementario — y esencial — que es el constituido por el espíritu del ambiente en el cual se ejerce el control y que viene a ser una tradición ya consolidada de la O.I.T. Esta tradición puede definirse resumidamente mediante las nociones de integridad, de comedimiento y de firmeza, sin las cuales los mejores mecanismos correrían el riesgo de moverse en el vacío o de verse muy pronto paralizados.

Merced a las técnicas y al espíritu aludidos, los procedimientos de puesta en práctica de la O.I.T. han podido conseguir resultados señalados en el estado actual de la organización internacional.

Los procedimientos basados en el examen periódico de las memorias de los gobiernos han determinado la introducción en los usos y costumbres de los métodos de control que, habiendo parecido excepcionales en los comienzos, han adquirido hoy en día la condición de prácticas corrientes. Cada año, a pesar de las dificultades, aporta la cosecha de los resultados obtenidos y estos procedimientos han inspirado los sistemas de control implantados más recientemente por otras organizaciones internacionales.³⁷

Por lo que respecta a los procedimientos basados en las quejas, su desenvolvimiento efectivo, de un carácter más excepcional, ha permitido hacer frente a situaciones de excepcional gravedad. Han aportado asimismo una valiosa contribución a los métodos seguidos para la determinación de los hechos y para la práctica de encuestas internacionales, tanto en el marco de procedimientos de carácter judicial, como en el de la conciliación, que aparece prevista en diversos instrumentos internacionales recientes relativos a los derechos humanos.

³⁷ Véase N. Valticos, « Les systèmes de contrôle non judiciaire des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme », *Mélanges Modinos, Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, 1968, págs. 331-356.

En momentos en que la necesidad de un control eficaz de las diversas normas internacionales viene a ser de día en día más evidente e imperativa³⁸. Las vías que ha conseguido abrir la O.I.T. adquieren una significación de índole mucho más general para el conjunto de la acción internacional.

CONCLUSIONES

Se puede ahora apercibir más claramente todo lo que la O.I.T. ha aportado al establecimiento de una regulación jurídica y a la protección internacional de los derechos humanos.

Ha logrado ensanchar los horizontes y la propia naturaleza del derecho internacional al introducir una función legislativa internacional y al adoptar en una escala de la que no hay precedente instrumentos internacionales en terrenos considerados hasta aquellas fechas como comprendidos exclusivamente dentro de la esfera de la competencia de los Estados. Ha contribuido a la creación de una sociedad internacional institucional al lado y en ocasiones por encima de la sociedad internacional de los Estados. En dicha sociedad internacional ha quebrantado el monopolio de los Estados y ha conferido derecho de ciudadanía a los representantes de diversas capas sociales. Ha contribuido al reconocimiento de los particulares como sujetos de derecho internacional. Ha conseguido que se adquiriera conciencia en la comunidad internacional de su interés colectivo en una acción común para combatir la injusticia, la miseria y las privaciones. Ha contribuido a que se reconozca la importancia de los derechos económicos y sociales como parte integrante de los derechos humanos sin por ello dejar de atribuir asimismo una significación esencial a determinados valores fundamentales de libertad y de igualdad. Ha estructurado un importante derecho común internacional que comprende amplios sectores de los derechos humanos y ha ejercido una influencia efectiva sobre la legislación y la práctica de los distintos países del mundo. En último término ha establecido, para controlar y promover la aplicación efectiva de dichas normas, procedimientos en los que aparecen combinados las vías de actuación jurídica y los medios de persuasión, que figuran entre los más avanzados en el plano internacional.

Los resultados obtenidos son debidos a una serie de razones tales como la composición tripartita de la Organización, las técnicas jurídicas perfeccionadas que han sido aplicadas, el estudio profundizado de las cuestiones, la función desempeñada por un secretariado que según Albert Thomas, el primer Director del O.I.T. que ha dejado una huella imprecionada en la Organización, está llamado a ser un « instru-

³⁸ Véase H. Saba, *op. cit.*, págs. 685-686.

mento de acción, y no meramente una máquina para reunir y distribuir las informaciones». ³⁹ Tales resultados, empero, son asimismo debidos en gran parte al espíritu que inspira de un modo más general la actividad de la Organización: una determinación a actuar con miras al progreso material y moral de la humanidad, una firmeza en los principios y una reconocida flexibilidad en los métodos, una facultad de renovación y de adaptación a los cambios, un dinamismo que basado en disposiciones constitucionales no permanece rígidamente adherido a la letra de las mismas, sino que permite completarlas abriendo nuevos derroteros y en último término un afán de escrupulosa integridad y de completa objetividad.

Si bien es cierto que de un modo más general la actividad de la O.I.T. ha abierto el camino a la Declaración Universal y a los Pactos internacionales de los derechos humanos, se ha llegado frecuentemente a formular la pregunta acerca de la medida en que los métodos seguidos por la misma han podido inspirar también a otras organizaciones internacionales. La respuesta a este pregunta no es fácil de formular. No se puede, en efecto hacer abstracción del marco constitucional dentro del cual está llamada a actuar cada organización, del ámbito de sus actividades respectivas y del ambiente general en el cual los procedimientos pueden ser puestos en práctica.

No por eso ha de dejarse de considerar que si bien es cierto que algunas de las características de la O.I.T. son propias de su marco constitucional, algunos de los principios que inspiran su acción podrían tener un alcance más general.

Así resulta que la fórmula de la adopción de convenios distintos y precisos pudiera presentar una utilidad evidente en el ámbito de determinados derechos civiles y políticos fundamentales con miras a completar la obra emprendida por las Naciones Unidas mediante la adopción de la Declaración Universal y de los Pactos internacionales sobre los derechos humanos. ⁴⁰

Por otra parte, aun cuando una participación de organizaciones no gubernamentales no pueda preverse para otras organizaciones del mismo modo que lo hace la Constitución de la O.I.T. con respecto a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cierta participación de elementos no gubernamentales representativos y conscientes de sus responsabilidades podría aportar una valiosa contribución a la vida internacional.

En materia de control de la aplicación de los instrumentos internacionales, los métodos seguidos por la O.I.T. han comenzado a inspirar otros sistemas de control internacional. Además, se han

³⁹ Véase E. J. Phelan, *Albert Thomas et la création du B.I.T.*, París, pág. 47.

⁴⁰ Véase, C. Wilfred Jenks, *Human Rights, Social Justice and Peace* etc., pág. 247.

previsto en ciertas ocasiones acuerdos para que la O.I.T. aporte su contribución a los procedimientos de control de la aplicación efectiva de instrumentos adoptados por otras organizaciones.⁴¹

De un modo más general, cualesquiera que sean los procedimientos, el afán de exactitud, de imparcialidad y de objetividad que siempre ha inspirado a la O.I.T. en sus actividades debería constituir el principio director de toda acción internacional. No se trata únicamente de una cuestión de honradez intelectual, sino asimismo de una condición para la eficacia de la acción.

¿Cuáles son actualmente en lo que afecta a la O.I.T. en si misma las perspectivas de su actividad futura en el terreno de los derechos humanos? La Organización aparece manifiestamente determinada a proseguir sin interrupción sus actividades. Esto es lo que ha subrayado por su parte el Sr. David A. Morse, Director General de la O.I.T. en la Memoria que ha presentado en junio de 1968 a la Conferencia Internacional del Trabajo y que versaba precisamente sobre la O.I.T. y los derechos humanos.⁴² Esto es lo que a su vez influyó determinadamente sobre la Conferencia en el curso de esta misma reunión y la decidió a adoptar una resolución en la cual invitó a que se establezca un programa importante y concertado de la Organización Internacional del Trabajo en la esfera de los derechos humanos. En dicha resolución la Conferencia ha dirigido en particular un llamamiento a todos los Estados a fin de que procedan a la ratificación y la aplicación de los convenios de la O.I.T. relativos a los derechos humanos y ha manifestado su deseo de ver reforzado el mecanismo de protección de los derechos humanos de la O.I.T. y que se adopten nuevas normas más detalladas en materia de libertad sindical y con respecto a otros derechos fundamentales.⁴³ En su respuesta a la discusión de su memoria, el Director General de la O.I.T. ha sugerido en particular determinado número de medidas destinadas a combatir la discriminación y ha manifestado su intención de proponer un programa de medidas más intensas en este terreno.

⁴¹ Ha sido particularmente el caso para la Carta social europea y el Código europeo de seguridad social. Por lo que respecta al porvenir, el Pacto relativo a los derechos económicos, sociales y culturales prevé la cooperación de las instituciones especializadas y la O.I.T. podrá por consiguiente aportar una contribución substancial para su aplicación.

⁴² *La O.I.T. y los derechos humanos*, Memoria del Director General (parte 1) a la Conferencia Internacional del Trabajo, quincuagésima segunda reunión, 1968.

⁴³ En esta misma resolución, la Conferencia ha dirigido un llamamiento a todos los Estados para que concedan una amnistía general o un indulto a los dirigentes sindicales encarcelados o condenados por razón de sus actividades en defensa de su derecho de sindicación. Este llamamiento ha sido ya atendido en algunos casos y determinado número de dirigentes sindicales encarcelados fueron puestos en libertad.

Por ello, después de haber realizado en el curso de cincuenta años una labor considerable para el afianzamiento de las reglas de derecho y de la protección de los derechos humanos, la O.I.T. cuenta proseguir e intensificar su acción. Los resultados obtenidos no deben, en efecto, dar lugar a que se pierda de vista la inmensidad de la labor que queda todavía por efectuar ni la fragilidad de la sociedad internacional que ha comenzado a constituirse y cuya influencia en la esfera de acción de los Estados es aún muy limitada. Los conflictos, a veces sangrientos, que surgen en el mundo, el recurso a la fuerza, las restricciones de que son objeto las libertades civiles en su conjunto y que se observan en tantos países, la intolerancia entre hombres por razón de diferencias de raza, de color, de origen étnico, de religión o de opinión política, el afán de desarrollo económico que da lugar en ocasiones a que se eche en olvido que el desarrollo no es un fin en sí mismo sino meramente un medio de mejorar la condición humana y de reforzar la libertad y la dignidad del hombre, la gravedad de los problemas a que tiene que hacer frente el tercer mundo, los egoísmos individuales o nacionales, he aquí otros tantos obstáculos — y se trata de obstáculos muy serios — a la realización efectiva de los derechos humanos y el respeto de la norma jurídica. Pretender ignorarlos sería dar prueba de obcecación. Empero, sin dejar de reconocer toda la importancia que tiene el mostrarse lúcido, la lucidez no debe en ningún caso identificarse con la miopía. La humanidad sólo ha podido progresar merced a quienes han sabido ver a distancia y que en más de una ocasión han sido tildados de visionarios por los supuestos «realistas». Cuando en 1941, en uno de los momentos más críticos para la vida de la O.I.T. y, más generalmente, para el mundo entero, el Presidente Franklin Roosevelt dirigió la palabra en Washington a la Conferencia Internacional del Trabajo, recordó que en 1919 la Organización Internacional del Trabajo todavía era un sueño, y que muchos consideraban que era un sueño absurdo.⁴⁴ Cincuenta años han transcurrido desde entonces, el sueño se ha convertido en una realidad efectiva y la O.I.T. ha superado todas las pruebas a que se ha visto sometida. En un mundo todavía dividido, lleno de peligros, aunque también de posibilidades, en el curso de un año que ha sido consagrado a los derechos humanos, pero en el cual nos aprecibimos también del carácter precario de los mismos, la misión de la O.I.T. ha de consistir, con mayor motivo que nunca, en intentar en toda la medida de sus posibilidades dar expresión adecuada y tangible, mediante reglas de derecho y merced a sus actividades diarias, a ese ensueño perdurable del género humano que se manifiesta en los postulados de justicia, de derecho y de paz.

⁴⁴ Véase Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, 1941 (Nueva York y Washington), *Actas de las Sesiones*, Montreal, 1942, pág. 170.

LA HOSPITALIZACION DE LOS ENFERMOS MENTALES

I. EL PUNTO DE VISTA DE UN PSIQUIATRA

por

PAUL BERNARD *

No es nuestro propósito hacer un estudio crítico de los textos legislativos y administrativos que prevén las hospitalizaciones autoritarias, y las garantías y recursos que ofrecen al enfermo. Son éstos documentos de carácter jurídico y sería pretencioso — a la vez que imprudente — que un médico intentara analizarlos ante juristas. Tampoco se trata de rebatir dichos textos o estudiar su reforma, problema hoy de candente actualidad, al menos en Francia, en que la ya antigua Ley del 30 de junio de 1838 se encuentra en una fase activa y decisiva de reforma. Solo nos guía el propósito de dar a conocer las reflexiones que un médico, enfrentado cada día con la realidad hospitalaria, se hace ante la resurgencia periódica en la prensa de un nuevo caso de secuestro arbitrario.

El temor a la arbitrariedad en materia de internación es endémico, y todo induce a creer que está siempre latente, dispuesto a adueñarse periódicamente de la opinión pública mediante campañas de prensa llevadas con gran frecuencia a tambor batiente. Se da a menudo el caso que estas campañas culminen con la puesta en libertad de un enfermo, lo que parece confirmar la falta de una protección adecuada de la persona. Es también frecuente el caso de que el enfermo haya sido ya dado de alta antes que el escándalo estalle y así, éste justifica en cierto modo *a posteriori* la acusación de reclusión arbitraria.

Con menos publicidad, no pasa prácticamente día sin que el psiquiatra, a lo largo de sus visitas y consultas en el hospital, no vea rebatir, por el enfermo mismo o por sus familiares, la decisión de confinamiento en el centro hospitalario. En general, una breve expli-

* Médico Jefe del Centro Psiquiátrico de Santa Ana en París.

cación, en términos comprensibles, basta para hacer desistir al enfermo o a sus familiares de sus pretensiones. Estas explicaciones del médico, dadas en el contexto del tratamiento al que haremos referencia más adelante, ponen en general de relieve el carácter médico de la hospitalización, la brevedad que es corriente en este tipo de tratamiento, la necesidad de una cooperación activa, esto es de la aceptación de dicha medida tanto por parte del enfermo como de su familia, la necesidad de vigilancia provisoria de un paciente que, durante algunas semanas, se ve imposibilitado de comprender realmente su situación y de tomar por sí mismo la decisión de cometerse a tratamiento.

En caso de que la falta de comprensión persista, basta en general con proponer a la persona en desacuerdo — que en general no está sujeta a ninguna responsabilidad moral o legal con relación al enfermo — comprometerse a asumir por sí misma la responsabilidad de los cuidados y vigilancia durante el tiempo que ellos sean necesarios. Ante la propuesta de tal compromiso, se ha podido constatar que, más o menos invariablemente, el descontento se vuelve atrás, con excusas confusas: «...Yo creía... Claro, no soy médico... Ud. sabrá mejor...» He aquí por qué es de desear que en los casos de contestación de la opinión del médico, se solicite otra opinión profesional y que existan garantías jurídicas en caso de apelación contra su determinación.

De hecho, el viejo mito de la internación arbitraria reviste carácter mucho más amenazador en la medida en que persisten ciertos conceptos y prejuicios sobre los enfermos mentales y su tratamiento, entre otros, la incurabilidad de la locura, la perpetuidad de la alienación del paciente conferida por el estatuto de internación en un hospital psiquiátrico, la incapacidad más o menos permanente y el rechazo a largo plazo, si no definitivo, del enfermo por la sociedad.

Sería por lo tanto de gran utilidad recordar brevemente, según lo anunciamos antes, la evolución de la noción de internación o, más corrientemente, de la de hospitalización, en el contexto general del tratamiento y de la readaptación de los enfermos mentales en nuestro tiempo.

Es ante todo necesario poner de relieve el cambio radical de actitud frente a los enfermos mentales. Hoy en día, ya no se trata tanto en psiquiatría de proteger a la sociedad contra los enfermos mentales y al enfermo contra su dolencia y sus efectos (es decir, del peligro que representa « para sí mismo y para los demás », punto que no convendría sin embargo dejar totalmente de lado) sino más bien de satisfacer el *derecho a la salud* que tiene el enfermo. Desde este punto de vista, la enfermedad mental es tanto un handicap social como una enfermedad física. Así, los enfermos mentales deben ser reintegrados con plenos derechos no por asistencia policial o caritativa en los circuitos de producción, sino a través de la puesta en aplicación de medios de prevención, tratamiento y readaptación plena a la colectivi-

dad. El espíritu que inspira hoy esta readaptación pone una vez más en cuestión la relación misma que se establece con el enfermo y, sobre todo, las estructuras de atención médica y todo el sistema administrativo que regula la acción de salud mental.

La hospitalización tradicional — internación — que ha sido y es aún con mucha frecuencia en ciertos países la clave única del tratamiento psiquiátrico, va desapareciendo progresivamente como tal para ser reemplazada por un dispositivo cuyo esquema detallaremos a continuación. La reintegración social presupone no sólo el diagnóstico y una acción curativa precoz, sino esencialmente un período de hospitalización — y exclusivamente si ello se considera necesario — hospitalización que será breve, limitándose a la aplicación del tratamiento biológico y psicoterapéutico que requiera la existencia de un equipo y de personal altamente especializado. Tan pronto como se haya conseguido vencer el período crítico, el tratamiento será seguido de una fase extra-hospitalaria, evitando toda ruptura con el medio familiar y social acostumbrado. Además, toda vez que ello sea posible, el enfermo deberá recibir los cuidados pertinentes en su domicilio, y seguirá trabajando.

El dispositivo que se ha previsto para alcanzar este objetivo es muy complejo e implica una gama muy amplia de medios terapéuticos y de readaptación, tanto dentro como fuera del hospital, correspondiente a cada una de las etapas evolutivas de la enfermedad mental. El hospital psiquiátrico, centro de hospitalización completa, no constituye por lo tanto sino una etapa, que se procurará hacer lo más breve posible, en el camino que sigue el enfermo hacia su readaptación a la colectividad normal. Recordaremos al pasar que las otras etapas son la permanencia en el hospital durante el día y otras fórmulas de hospitalización parcial, los centros de convalecencia, los talleres protegidos, etc.

Es pues evidente que la hospitalización, que se consideraba en una época como la etapa de mayor importancia — a veces definitiva — en la evolución del enfermo mental, ha perdido mucho de su importancia. Hoy, la preocupación constante del médico está en abreviarla lo más posible ya que se estima que en ningún caso el enfermo deberá estar aislado por mucho tiempo del medio al que tarde o temprano deberá regresar. Si su tratamiento exige una hospitalización, ésta se considerará como situación provisoria. A la luz de las experiencias llevadas a cabo en diferentes países, se puede hoy afirmar que no existe psicosis de aparición reciente que necesite una estancia en el hospital de más de seis meses, término que es con frecuencia muy inferior en la práctica.

Como corolario de esta acción de salud mental, de espíritu más abierto y que se lleva a la práctica en gran parte dentro de la colectividad, se establece una nueva relación — la relación terapéutica — con

el enfermo desde el momento mismo del diagnóstico, y es así como la mayor parte de los enfermos son hospitalizados libremente y con su propio consentimiento. En algunos sectores privilegiados de nuestro país — pero que en otros países, como Gran Bretaña u Holanda, comprenden casi la totalidad de los casos — el porcentaje de enfermos internados con consentimiento propio y sin formalidad en los hospitales psiquiátricos alcanza al 90 por ciento o más.

Las condiciones generales de tratamiento se han visto por su parte transformadas debido al hecho que el psiquiatra ya no es el único que atiende al enfermo, sino que el tratamiento se lleva a cabo por un equipo numeroso de especialistas, entre los que se encuentran psiquiatras, psicoterapeutas diversos, ergoterapeutas, psicólogos, kinesiterapeutas, asistentes sociales, enfermeras, etc., que trabajan con frecuencia a parte entera. De este modo, parece poco probable que un equipo tan amplio pueda llegar a la decisión unánime de mantener impunemente en tratamiento, hospitalizado en un centro psiquiátrico, a un enfermo.

Si a esto se agrega que el psiquiatra de hoy ya no sólo atiende a los grandes alienados crónicos, única imagen familiar al profano que se representa la enfermedad mental, sino que es cada vez mayor el número de pacientes de dolencias menores que debe atender, que los nuevos tratamientos — en particular los tratamientos biológicos y de quimioterapia — han transformado en gran medida la imagen semiológica de las enfermedades mentales, que esas terapéuticas abrevian la evolución y reducen gran parte de los estados de agitación y depresión a algunas semanas, cuando no a algunos días, es acertado afirmar que, en el contexto de la hospitalización actual, la protección del enfermo mental ya no se plantea en los mismos términos que en el pasado, especialmente en la época en que fuera promulgada la ley francesa de 30 de junio de 1831, que prevé los regímenes de protección del enfermo mental internado.

Así pues, si nos ponemos en el lugar del médico con práctica hospitalaria, la admisión y reclusión del enfermo aparecen bajo una luz muy diferente a la que parecen indicar las campañas de prensa de que hablábamos antes.

Para concretar los casos que aún en nuestros días son objeto de escándalo público, veremos dos ejemplos concretos:

En el primer caso, la admisión del enfermo se hace en un ambiente dramático y en ocasiones, de aturdimiento total, ante un acceso agudo de agitación, cuya naturaleza no tiene relevancia para el presente trabajo, pudiendo tratarse de cólera patológica, intoxicación alcohólica patológica, acceso de delirio, etc. Una crisis de este tipo se resuelve normalmente en pocas horas o en pocos días, pero es innegable que durante este período, el enfermo ha estado él mismo en peligro y ha constituido una amenaza indudable para los demás. Señalemos además

un hecho de la mayor importancia, como es que estos accesos psicopáticos ocurren en general en el caso de pacientes que presentan predisposición y que en ocasiones anteriores han dado muestras de anomalías de carácter, de conflictos con su medio ambiente, de pequeñas dificultades de adaptación que a lo largo del tiempo han llegado a sensibilizar a quienes lo rodean, haciéndolos menos tolerantes. De todas formas, en el curso del ataque en cuestión, las medidas necesarias se efectúan con o en contra de la voluntad del enfermo. La solución lógica en tales casos es el traslado a un establecimiento especializado, según las modalidades de la reclusión forzosa. Ahora bien, conforme al derecho, nadie puede mantener confinado a otro, esto es, disponer de su persona, aunque fuere por pocas horas, sin correr el riesgo de ser acusado de secuestro arbitrario, a menos que en virtud de una formalidad determinada, el enfermo caiga bajo un estatuto jurídico que prevea esta situación, esto es, la internación. Sin duda, hubiera sido más prudente y mucho más sensato en el caso de un acceso corto poner al enfermo « en observación », en un servicio determinado de hospital general, mantenerlo en él y tratarlo durante la duración de la crisis con pleno consentimiento de sus familiares. Es muy probable que una conducta idéntica observada en un hospital general o en un servicio libre de un centro psiquiátrico no hubiera nunca provocado las reclamaciones motivadas por la formalidad de la internación. Este proceder sin embargo, si bien se utiliza cada día con más frecuencia, no siempre es posible, en razón de la carencia de equipo e instalaciones psiquiátricas que exige.

Hay un segundo tipo de paciente que se encuentra con mucha frecuencia en el origen de estos casos de internación arbitraria. Se trata de los paranoicos lúcidos, delirantes o meramente caracteriales. Estos estados mórbidos se observan en sujetos a menudo inteligentes, capaces de expresarse oralmente o por escrito en forma irreprochable, y por consiguiente de convencer con facilidad a quien no esté prevenido, dándose el caso que planteen problemas muy delicados aún a psiquiatras expertos. Mientras estos sujetos no hayan cometido actos médico-legales cuya naturaleza mórbida sea evidente, la opinión pública puede inclinarse a no ver en el comportamiento del enfermo más que la defensa de su derecho legítimo o de una causa justa, con más razón cuando se piensa que el comportamiento mórbido se da sólo frente a determinadas o una sola persona, como es el caso del delirio de celos que se hace aparente exclusivamente en la intimidad de la pareja. Los demás familiares, por íntimos que sean, no podrán apreciar síntomas del delirio y, además, la reacción del sujeto puede llegar a ser perfectamente comprensible cuando está motivada, por ejemplo, por una situación de infidelidad patente. Lo mismo ocurre en los casos en que la internación « benéfica » a quien la solicitara o a un grupo de personas que tienen intereses comunes que no coinciden con los

del enfermo. Es así como puede ocurrir que un grupo político se vea acusado de ser la causa de una internación arbitraria que lo libera de un adversario molesto. No cabe duda que la internación — perfectamente justificada desde el punto de vista médico — puede, al igual que cualquier otra situación de incapacidad por enfermedad, ser favorable a la causa de un concurrente, de un adversario o de un cónyuge infiel, sin que por ello se pueda acusar a estos últimos de haberse valido de la internación para satisfacer sus propios intereses, ni pretender la falsedad total de la enfermedad que provocó la incapacidad.

Con tanta gracia como inteligencia lo afirmó G. de Clerambault, al referirse a un celoso mórbido que había sido conducido a la enfermería especial del *Dépôt*: « Dios quisiera, amigo mío, que ser cornudo bastara para no estar enfermo! » Se da en efecto el caso que, si bien la infidelidad es verdadera, los celos sean patológicos.

Es curioso observar que mientras una pretendida enfermedad física sirve con frecuencia de coartada al mismo enfermo (la conocida enfermedad diplomática), la enfermedad mental auténtica es fácilmente puesta en duda cuando beneficia los intereses de terceros.

Queda aún al psiquiatra señalar que su punto de vista evoluciona al mismo tiempo que la enfermedad, es decir, con rapidez siempre creciente a medida que los progresos de la terapéutica abrevian la duración de las estancias en el hospital psiquiátrico. Es en nuestro días normal y corriente que el médico decida la permanencia del enfermo en enero y proponga su salida en febrero. En otras ocasiones, el cambio de opinión médica puede registrarse de una semana a otra. Todo esto sólo sorprenderá a quienes conservan de la enfermedad mental la idea que se trata de un estatuto más o menos definitivo que se confiere a un alienado incurable.

En suma, la reclusión del enfermo mental, que en días pasado era siempre forzoso, se realiza cada vez más con el consentimiento y a pedido del propio enfermo. La hospitalización — en caso de que el tratamiento ambulatorio sea contraindicado — se efectúa como todo acto terapéutico a través de una relación positiva entre el médico y el paciente: En primer lugar, se procede a explicar al enfermo la necesidad de la hospitalización en caso de que no la haya reclamado por sí mismo. Se le invita a colaborar a su readaptación, integrándose a una colectividad terapéutica, y sometiéndose a un empleo de su tiempo en que cada momento debe revestir un valor de readaptación e implicar un paso más hacia su salida y su reintegración a la sociedad.

Así, la guardia del enfermo, durante períodos que cada vez se hacen más breves, tiene un carácter completamente diferente que en el caso que el enfermo esté internado contra su voluntad. Estos enfermos,

que integran más del 80 por ciento de la clientela de un hospital psiquiátrico, ya no plantean el problema de detención ilegal y secuestro ilegítimo.

Queda sí una minoría de enfermos en cuyos casos sería insensato tratar de ignorar bien sea el peligro real que representan o su incapacidad de tomar por sí mismos la decisión de hacerse curar. En el caso de los enfermos realmente peligrosos (por ejemplo los psicópatas), sería de desear que estuvieran sujetos a condiciones especiales. De todos modos, en lo que se refiere a estas dos categorías de enfermos, es deseable, tanto en su propio interés como en el interés de los demás, que se adopten actitudes de carácter obligatorio. Y es por consiguiente necesario que existan textos legislativos que determinen con precisión en qué condiciones y bajo qué controles pueden acordarse los cuidados y adoptarse ciertas medidas que, en grados diferentes, se oponen al derecho de gentes y que, por último, se asegure la defensa de la personalidad del enfermo mental al igual que la legitimidad de la decisión médica que visa a su curación.

II. LA OPINION DE UN JURISTA

por

DANIEL MARCHAND *

Para el jurista, la hospitalización de los enfermos mentales se analiza desde el punto de vista de la libertad individual, la dignidad de la persona y, además, la protección de los bienes del enfermo. Para el médico sin embargo, ella se analiza en cuanto tratamiento médico, y éste desde un enfoque más o menos similar al tratamiento de una enfermedad contagiosa por el bien de los familiares o de una intervención quirúrgica urgente. El objeto de la Ley será pues conciliar estas dos esferas de preocupación, permitiendo asegurar a los enfermos mentales los cuidados y el tratamiento que requiere su estado, y garantizar su protección y la de la sociedad.

1. Con miras a la salvaguardia de la libertad individual, la legislación impone por lo general condiciones restrictivas a la admisión del enfermo mental contra su voluntad en un hospital psiquiátrico; una

* Doctor en Derecho.

vez que ya ha sido admitido, se han previsto procedimientos de apelación y controles con el mismo fin. Ahora bien, con el fin de proteger a la sociedad, se han previsto también condiciones restrictivas aplicables a la salida del hospital psiquiátrico.

- A. En numerosos países, la admisión en un hospital psiquiátrico exige numerosas formalidades legales y jurídicas. En determinados casos, el enfermo debe ser antes arrestado por la policía y encarcelado, a la espera de su comparecencia ante un juez o magistrado que lo declarará alienado. Este procedimiento se ve con frecuencia rodeado de gran publicidad y en uno o dos países, comprende un juicio por jurado con amplia divulgación de los debates. Otro sistema, a penas menos criticable que el de comparecencia ante juez, consiste en otorgar exclusivamente a las autoridades administrativas la facultad de autorizar la hospitalización del enfermo mental. Son muchos los países en que el enfermo mental debe ser examinado por dos médicos como mínimo y ser declarado alienado por un magistrado antes de poder ser admitido en un hospital. En otros, el enfermo o sus familiares más cercanos deberán firmar uno o varios formularios. Muy raros son los países que autorizan al enfermo mental a hacerse hospitalizar sobre una base realmente voluntaria, y más raros aún aquéllos en que se concede este derecho a las personas que sufren de insuficiencia mental.¹

El psiquiatra desearía que los pacientes cuyo juicio se ve perturbado por una enfermedad mental y cuyo estado compromete su propio bienestar y el de los demás fueran sometidos a un tratamiento sin la intervención de una autoridad judicial que consagre su situación de alienados o prescriba su hospitalización. Se considera en efecto que estas medidas implican un oprobio grave y duradero, tanto para el enfermo después de su curación como para sus familiares y el público en general.

Toda legislación relativa a este punto debería esforzarse por tener presente la doble necesidad de tratamiento médico y de garantías legales suficientes.

Muchas leyes vigentes prevén, como garantía principal, una decisión judicial antes de la admisión, procedimiento que implica sin embargo inevitablemente un carácter deshonroso, que tanto el psiquiatra como el enfermo y sus familiares desearían evitar. Sin embargo, desde hace cierto tiempo es posible constatar una tendencia cada vez más acentuada a autorizar la hospitalización obligatoria — al menos en los casos urgentes — bien sea conforme a la solicitud común de un psiquiatra y de la familia del enfermo o de una autoridad determinada de carácter no judicial, bajo reserva de confirmación judicial después de la admisión.

¹ *Legislación relativa a la asistencia psiquiátrica*, Cuarto informe del Comité de expertos de salud mental, Organización Mundial de la Salud, informes técnicos, 1955.

El plazo en que debe intervenir dicha confirmación varía de un país a otro y puede ir de uno o dos días a varios meses. De conformidad con una ley reciente, todas las admisiones obligatorias se deciden luego de un procedimiento « provisional » de este tipo, y no se requiere una apreciación judicial oficial sobre el estado mental del enfermo antes de un plazo de doce meses.

... Algunos países han creído posible instituir la admisión obligatoria sin intervención judicial antes de la hospitalización o autorizarla durante un período inicial de observación y de tratamiento que puede tener una duración variable. En uno de ellos, el examen subsiguiente del caso por la autoridad judicial ha sido completamente reemplazado por la intervención de una comisión especial de distrito compuesta de tres miembros, de los cuales sólo uno deberá formar parte del cuerpo judicial. Esta evolución en materia de procedimiento de admisión puede deberse a la creciente convicción de que el establecimiento de vías de recurso, la creación de sistemas de inspección y la definición de las modalidades de salida pueden hacer posible una tutela tan eficaz de la libertad individual como la que pueda asegurar una decisión judicial previa a la admisión, con la ventaja de ser mucho menos perjudicial para el enfermo, tanto desde el punto de vista médico como social » ²

Ante la diversidad de las legislaciones previstas, es pues necesario establecer directivas sencillas en base a las cuales el legislador de cada país pueda apoyarse y que deben servir de inspiración al jurista para promover las reformas que serían convenientes en su propios país:

— Los enfermos mentales inconscientes o peligrosos deben poder ser tratados aún contra su voluntad;

— Debe conferirse el poder de imponer el tratamiento necesario a este tipo de enfermos a una autoridad determinada;

— Tanto la hospitalización como cualquier otro tratamiento adecuado debe poder decidirse mediante un procedimiento sencillo, que no afecte el estado mental del enfermo, que esté motivado por razones esencialmente médicas y que implique garantías judiciales para la protección de la libertad individual.

Es además de suma importancia indicar que el número de enfermos mentales no consintientes o rebeldes a la hospitalización es inversamente proporcional a la calidad del equipo psiquiátrico; por consiguiente, mientras más satisfactorio sea éste, menos necesidad habrá de recurrir a medidas forzosas para inducir al enfermo a hacerse tratar. La existencia de buenos servicios psiquiátricos no elimina totalmente la necesidad de medidas coercitivas ni de garantías suficientes en su

² idem.

ejercicio, pero sí restringe el número de enfermos a los cuales se aplican y, sobre todo, la duración de su aplicación.

- B. Antes de la admisión del enfermo en un hospital psiquiátrico, la dirección del establecimiento debe, en muchos países, dirigir informes frecuentes y a menudo inútiles a una autoridad central. En ocasiones, la ley limita de modo humillante y perjudicial la libertad del enfermo, emplea para referirse al mismo una terminología hiriente y puede llegar a desposeerlo automáticamente de sus derechos civiles.³

Es de importancia fundamental que después de la admisión de un enfermo no consintiente o rebelde a un hospital psiquiátrico, el paciente pueda, en todo momento, disponer de vías de recurso de fácil utilización. Estas vías de recurso podrán ejercerse sea ante un órgano judicial, o ante una Comisión que podrá estar integrada por un magistrado y un médico, a los cuales podrá unirse un administrador, ya sea profano en la materia.

La necesidad de vías de recurso no implica que la misma autoridad esté habilitada a juzgar de la legalidad de la internación del enfermo en un hospital psiquiátrico y a dictaminar sobre el estado mental del interesado. Es lamentable por lo demás que las autoridades tutelares se vean — por falta de medios adecuados — obligadas con demasiada frecuencia a estatuir en base a simple certificación del psiquiatra a cargo del caso, que resulta así controlarse a sí mismo.

La inspección de los hospitales psiquiátricos debe facilitar una vía de recurso suplementaria al enfermo. La inspección debe ser llevada a cabo por inspectores que hayan hecho estudios de psiquiatría y que, para garantizar su imparcialidad, dependan directamente del servicio general de salud pública, y no de la dirección de sanidad mental. Es importante que se dé a los inspectores amplios poderes para llevar a cabo su labor en todas las instituciones psiquiátricas, públicas o privadas, y que las inspecciones se efectúen a intervalos lo más breve posible.

- C. En líneas generales, la salida del hospital es aún más difícil de obtener que la admisión. En muchos países, sólo puede ser autorizada por la autoridad administrativa, que no siempre tiene en cuenta la opinión de los médicos. Ni el enfermo ni sus familiares y ni siquiera los médicos encargados de su tratamiento, tienen autoridad para poner fin a la hospitalización. En otros países, se exigen formalidades largas y complicadas⁴.

Quizás sean las modalidades de salida de un hospital psiquiátrico las que reflejan más fielmente el conflicto entre la tutela de la libertad

³ idem.

⁴ idem.

individual y la protección de la sociedad. El enfermo o sus familiares deben tener posibilidad de solicitar la autorización de salir del hospital psiquiátrico a su director; éste a su vez estará capacitado para oponerse sólo en caso que pueda aducir expresamente que el interesado es peligroso para sí mismo o para los demás. Contra tal decisión, debe quedar abierta una facultad de apelación, en condiciones similares a las establecidas después de la decisión de internación.

2. Uno de los derechos fundamentales del hombre es no verse sometido a tratamiento degradante (artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos); esto es tanto más cierto cuanto se trata de un enfermo mental, ya que todo elemento que tienda a disminuirlo agrava su dolencia y obstaculiza su curación.

Escojo los siguientes extractos de un informe que me hiciera llegar un hombre internado en 1963-64 en un hospital psiquiátrico francés:

En cuanto al régimen al que se ven sometidos los cautivos, imposible imaginar nada que pueda convencerlos más eficazmente de su hundimiento, envilecerlos más o acabar de deprimirlos.

Hablando de su llegada al hospital, da los detalles siguientes:

Fue conducido a una sala común, enteramente despojado de sus vestimentas, incluyendo su anillo y sus anteojos (pasaron tres días hasta que pudo obtener su restitución) y recibió una camisa de tela burda que no le llegaba hasta el ombligo. Pasó la noche que se puede imaginar en dicho dormitorio, ocupado por agitados delirantes que los enfermeros de guardia debían constantemente entrar a recostar.

Por la mañana, bebió un vaso de leche, siendo luego llamado para ser conducido al médico. En esta ocasión sólo recibió un pantalón de tela burda azul, de limpieza muy dudosa. Careciendo de toda ropa interior para protegerse del contacto de este pantalón, que indudablemente hacía mucho no pasaba por una lavadora y servía indiferentemente a unos y otros, quiso negarse, pero se vió obligado a vestirse. A ello se agregó un capote de la misma tela y en el mismo estado de suciedad, y así disfrazado de espantapájaros tuvo que bajar al gabinete del médico.

En la gran mayoría de los casos, no parece que sea necesario despojar así al enfermo de sus objetos personales y de sus ropas e imponerle reglas contrarias a la vida normal; el respeto a la dignidad del individuo reside en el centro mismo del tratamiento del enfermo mental y aún en su aceptación de someterse al tratamiento. En Francia, la circular 148 del 21 de agosto de 1952, podría dar entera satisfacción en este aspecto, pero bastaría con aplicarla.

Es de particular interés señalar que un semanario inglés de gran difusión comenzó un artículo consagrado a los hospitales psiquiátricos con esta frase ⁵:

⁵ *The Sunday Times Magazine*, 29 de septiembre 1968, pags. 24 a 40.

Muchos son aún los que tienen miedo o vergüenza de llevar a miembros de su familia — y más aún de dirigirse ellos mismos — a un centro psiquiátrico para ser curados.

Volvemos pues a lo que manteníamos en cuanto a la admisión en los hospitales psiquiátricos: ella será tanto más voluntaria cuanto el enfermo tenga la certeza de ser bien cuidado y tratado con dignidad. También el enfermo mental tiene derecho « a ser un hombre »⁶.

Desde este punto de vista es importante hacer notar que en casi todos los países el enfermo mental está considerado como un miembro de la comunidad que tiene necesidad de ayuda y de cuidados y simultáneamente como un alienado que exige ante todo medidas de segregación y protección, tanto contra sí mismo que frente a los demás. Esta dualidad de actitudes se debe tanto a la persistencia de creencias arcaicas que consideraban al alienado como un ser poseído por fuerzas demoníacas y que impulsaban a maltratarlo, a expulsarlo de la comunidad o simplemente a matarlo. Es deber primordial de la legislación favorecer la evolución de estos conceptos primitivos de las masas, aún en el seno de las sociedades más evolucionadas, para permitir el tratamiento del enfermo mental al igual que cualquier otro enfermo, y por consiguiente su fácil reintegración en la sociedad.

3. Muchos son los enfermos mentales, estén o no hospitalizados, que no están en posibilidad de administrar sus bienes. Así, se hace indispensable establecer medidas de tutela, pero es del mismo modo indispensable que dichas medidas vayan acompañadas de las garantías más serias en cuanto al patrimonio del enfermo, ya que indudablemente hay algo de verdad en ciertas denuncias de internación de enfermos mentales que se pretende incapaces de administrar sus propios bienes, con el único objeto de acaparar la gestión de los mismos. Un consejo de tutela bajo control judicial debe vigilar periódicamente la gestión del tutor, la cual, según el estado mental del enfermo, podrá ser más o menos restringida: subrogación del tutor al enfermo totalmente incapaz de administrar su patrimonio, asistencia del enfermo parcialmente incapaz de decidir las medidas graves a tomar para tal gestión, asesoría del enfermo que sea capaz de dar su consentimiento válido para la administración de sus bienes, etc.⁷

* * *

⁶ Estudio preparado bajo la dirección de Jeanne Hersch y editado por la UNESCO. Véase en particular las páginas 00.

⁷ Véase René Savatier: *Le risque pour l'homme de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil*, con relación a la reciente ley francesa (3 de enero de 1968) sobre incapaces mayores, Compendio Sirey Dalloz, 19 de junio de 1968.

La legislación relativa a las condiciones de internación y de salida de los hospitales psiquiátricos, la administración de los bienes de los enfermos mentales, la organización y gestión de los hospitales psiquiátricos y los recursos disponibles para obtener reparación de todo perjuicio que pueda alegarse en cualquiera de estos dominios, debe, si pretende satisfacer tanto al psiquiatra en su deseo de dar cuidados eficaces al enfermo mental, como al jurista, protector de los derechos del individuo, convencer ante todo al hombre de la calle que no debe sentir miedo o vergüenza alguna de dirigir a un miembro de su círculo familiar o a sí mismo hacia un hospital psiquiátrico, puesto que en él podrá ser debidamente atendido y sus derechos serán plenamente garantizados.

De lograr este objetivo, la legislación podrá inducir a los individuos a hacerse cuidar desde los principios mismos de su afección mental, tal como se atiende desde el principio una enfermedad de otro tipo y, en los casos inevitables de un enfermo rebelde a la hospitalización, los controles y vías de recurso previstos evitarán la reaparición periódica de escándalos públicos relacionados con internaciones arbitrarias.

LA LIBRE CIRCULACION DE PERSONAS DENTRO DEL MERCADO COMUN *

por

ANNA-JULIETTE POUYAT

La entrada en vigencia en julio de 1968 del Mercado Común sentó las bases de una Europa industrial, comercial y aún agrícola, de lo cual se beneficiarán los sectores primarios y secundarios. La voluntad de fusión nació en cierta forma de resultados de la segunda guerra mundial y del ideal de reconciliación, reacción dinámica ante el desgarramiento de los nacionalismos. Ahora bien, los problemas estaban aún candentes, los antagonismos latentes y las susceptibilidades nacionalistas demasiado a flor de piel para que los dirigentes europeos pudiesen siquiera soñar con la unidad. Fue por consiguiente menester conformarse con objetivos modestos y limitados. La Europa continental por una parte y capitalista por la otra decidió unirse para construir algo positivo. La Comunidad Europea del Carbón y del Acero fue el primer organismo nacido para resolver los problemas industriales de la República Federal de Alemania y de Francia, a la iniciativa de Robert Schuman quien, el 9 de mayo de 1950, lanzara el gran llamado a « establecer los primeros cimientos concretos de una Federación europea indispensable a la protección de la paz. » Los países del BENELUX e Italia decidieron unirse a esta empresa.

Posteriormente, el Parlamento francés asestó un golpe mortal a la idea de una comunidad europea de defensa (¹) signo claro de que los problemas que los países europeos podían intentar resolver de común acuerdo debían confinarse al terreno económico, respetando en todo momento las susceptibilidades de nacionalismos siempre pujantes. A pesar de ello, la corriente favorable a la unificación europea siguió en pie y los Seis, reunidos en Mesina a principios de

* El *Boletín* de la Comisión Internacional de Juristas, N^o. 33, trata en términos generales de la libertad de circulación, tema del Congreso de Juristas de Bangalore.

¹ El 30 de agosto de 1954, la Asamblea Nacional se negó a entrar en la discusión del tratado de Comunidad Europea de Defensa, que había sido ya ratificado por Alemania Federal y los países del BENELUX.

junio de 1955, examinaron una memoria presentada por el BENE-LUX, en que se proponía la creación de un Mercado Común. Este movimiento culminó el 25 de marzo de 1957 con la firma en Roma del Tratado de la Comunidad Económica Europea, iniciativa ambiciosa, a la vez que cauta. El Tratado concernía antes que nada a la economía y, más precisamente, a la economía industrial: para la liberación de mercancías y capitales, plazos de doce años, y vaya por la prudencia. Ahora bien, la liberación de personas era desde 1957 la tercera tabla del tríptico, y constituía señal cierta de que la ambición de los cosignatarios tendía a la construcción de una Europa unida, no sólo por motivos económicos. El camino recorrido en los últimos diez años permite alabar con justicia a los seis países constitutivos de esta Europa por los esfuerzos enormes que han realizado y que hoy comienzan a dar fruto. El procedimiento de apertura de fronteras en el interior del Mercado Común sólo debía conducir a la libre circulación de mercancías y capitales en 1970, ya que si bien el Tratado de Roma fue firmado en 1957, solamente entró en vigor el 1 de enero de 1958. Los cosignatarios pueden felicitarse de haber ganado un año y medio sobre el plazo de doce años que se habían fijado y de haber agregado a sus realizaciones la puesta en marcha de la Europa agrícola, que había sido en cierta forma relegada en un comienzo.

Ahora bien ¿no habrá prevalecido a fin de cuentas la prudencia, transformándose en cierto modo la ambición? En efecto ¿en qué ha quedado la libre circulación de las personas dentro de los seis países de la Comunidad? ¿Es lícito hablar de «esperanzas engañosas de libre circulación de los trabajadores», conforme a la expresión utilizada por Pierre Drouin en su obra *L'Europe du Marché Commun*?

En lo que toca a los doscientos cincuenta mil trabajadores de la CEE que cada año solicitan un permiso de trabajo en un país que no es el propio, el nuevo reglamento, adoptado por el Consejo el 29 de julio de 1968, los situaría en un plano de igualdad con los naturales del país. La Comisión ⁽²⁾ que al redactar su proyecto había puesto como fecha límite el 1 de julio de 1968, ha visto su plazo prácticamente cumplido. Ahora bien, en lo que concierne a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, veremos que la respuesta es muy compleja, y que se está aún lejos del «libre cambio» de trabajadores no asalariados en el seno del Mercado Común.

² La Comisión ejecutiva de las Comunidades Europeas es el órgano encargado de elaborar los textos comunitarios para ser sometidos al Consejo de Ministros. La Comisión vela por la aplicación de las disposiciones del Tratado, como igualmente de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud del mismo.

A. La libre circulación de trabajadores

Por su orientación más bien liberal que dirigista, el Tratado de Roma postuló principios simples y flexibles. Se trata en realidad de que los trabajadores de los seis países de Europa puedan responder a ofertas de empleos, desplazarse hacia los mismos, residir en el país en que ellos se encuentran y permanecer en él. Posteriormente, dejó sentadas las normas esenciales para la abolición de toda discriminación en cuestiones de empleo, remuneración y condiciones de trabajo.

Aplicación de los principios

Desde 1958, la situación ha evolucionado de modo tal que se ha llegado hoy a una realidad ya muy compleja. A partir de 1961, se pudo aplicar durante dos años un primer reglamento (15/61) y unas normas directivas de aplicación. A partir del 1 de mayo de 1964, el reglamento 38/64 y sus directivas han hecho progresar considerablemente el problema de la libre circulación de trabajadores.

El reglamento 38/64 sentó las normas siguientes:

igualdad de acceso al empleo,
organización del mercado de empleos,
facilidades de instalación y estancia,
asimilación completa en las condiciones de trabajo.

Por igualdad en el acceso al empleo se debe entender los empleos que efectivamente se ofrecen en el mercado, es decir, que las disposiciones se apliquen a aquellos empleos cuya vacante se notifica a la oficina de mano de obra. Sin embargo, esta disposición contiene una reserva importante. El estado miembro puede poner en vigor una cláusula de salvaguardia en el caso de que aparezca un excedente de mano de obra en una profesión o una región determinada, pudiendo decidir acordar preferencia a sus naturales. Ahora bien, la mano de obra de la comunidad europea obtiene prioridad sobre la mano de obra de los países ajenos a la misma (esto es, a turcos, españoles y portugueses entre otros). El reglamento 38/64 estipula que cada Estado debe « cubrir en la medida de lo posible » los empleos vacantes, otorgando prioridad en favor de los nacionales⁵ de los Estados miembros (artículos 29 y 30).

La organización del mercado del empleo se efectúa a través de la puesta en contacto y la compensación de las demandas y las ofertas de empleo. En principio, un Estado miembro debe dar a conocer sus disponibilidades en mano de obra, a lo cual responden los demás Estados miembros con sus respectivas ofertas de empleo en un plazo de quince días (artículo 30).

En cuanto a las facilidades otorgadas para instalación y estancia, el país huésped otorga automáticamente al trabajador de la comunidad los permisos de trabajo y estancia, que se extienden igualmente a su familia. El trabajador debe sin embargo estar en capacidad de probar que dispone de « un alojamiento normal » en el país.

Por último, la asimilación de condiciones laborales debe permitir al trabajador comunitario ser elector y presentar si lo desea su candidatura en las organizaciones sindicales y en los comités de empresa. Para ser candidato deberá sin embargo presentar piezas justificativas de una estancia de tres años en la empresa mientras que el plazo requerido de los trabajadores nacionales es, por ejemplo en el caso de Francia, sólo de un año.

Como consecuencia de las decisiones adoptadas por el Consejo de Ministros de los seis países europeos en el curso de su reunión de 10 a 11 de mayo de 1966, sobre materialización de la unión aduanera el 1 de julio de 1968, la Comisión se comprometió a someter al Consejo propuestas concretas que harían posible dar realidad en la misma fecha a la libre circulación de trabajadores.

A tal efecto, la Comisión había elaborado una propuesta de reglamento sobre libre circulación de trabajadores, y un proyecto de normas directivas ⁽³⁾ relativas a supresión de las restricciones impuestas al desplazamiento y estancia de los trabajadores de los Estados miembros y sus familias en el seno de la Comunidad. Dichos textos, destinados a permitir el cumplimiento integral de los artículos 48 y 49 del Tratado, entraron en vigencia el pasado 29 de julio de 1968.

El reglamento comprende disposiciones relativas al empleo de trabajadores y de sus familias, y a la igualdad de trato, a la compensación de las ofertas y demandas de empleos, a los organismos encargados de asistir a la Comisión en esta función y a las disposiciones transitorias y finales.

El progreso esencial que implica este reglamento con relación a los textos anteriores, (reglamento 38/64) reside en la supresión

³ Los reglamentos y las directivas son textos comunitarios de carácter legislativo elaborados por la Comisión, sometidos al control consultivo del Comité Económico y Social y del Parlamento Europeo y transmitidos al Consejo de Ministros, que es el único detentor del poder legislativo, en virtud del cual rechaza, enmienda o aprueba los textos. « El reglamento tiene alcance general. Es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable a todo Estado miembro. La directiva obliga a todo Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que se deberá alcanzar, dejando a las instancias nacionales competencia en cuanto a la forma y medios para ello. La decisión es obligatoria en todos sus elementos para aquellos destinatarios que ella misma designe... » artículo 189 del Tratado de Roma.

definitiva y total, sin posibilidad de recurso alguno a cláusulas de salvaguardia, de la prioridad nacional en el acceso al empleo. Quedan así abolidas las últimas « discriminaciones nacionales » que aún persistían. Ahora bien, en caso de crisis grave en una región determinada, queda como último recurso, la posibilidad de que la Comisión decida aislar temporalmente uno u otro sector del mercado nacional del empleo. Los demás Estados miembros podrán apelar contra esta decisión ante el Consejo de Ministros, que deberá arbitrar el diferendo dentro de los quince días. Este procedimiento comunitario excluye las posibilidades de acción unilateral que tenían aún los Gobiernos. Por otra parte, en vista de la supresión de los permisos de trabajo, los naturales de los otros Estados miembros se encontrarán en condiciones de igualdad con los del país en cuestión.

Con vistas a este mismo objetivo, se ha suprimido igualmente la cláusula que estipula como condición tres años de trabajo en la misma empresa antes de acceder al derecho de ser candidato ante los organismos de representación del personal y la que dispone que el trabajador deberá disponer de un alojamiento normal para la reunión de la familia. El régimen fiscal y los beneficios sociales son los mismos que se aplican a los naturales del país. Se prevé sin embargo cierta flexibilidad en la aplicación de estas disposiciones, con vistas a no obstaculizar el buen funcionamiento de las empresas.

Las medidas de protección tomadas en favor de los trabajadores nacionales por los estados miembros fueron muy atenuadas. Alemania, Italia y Luxemburgo habían ya levantado las restricciones que anteriormente ponían a la libre circulación de trabajadores, renunciando a la prioridad en el mercado del empleo de los trabajadores nacionales en determinadas regiones y profesiones desde el 1 de mayo de 1964, fecha de entrada en vigor del reglamento 38/64, que en su artículo 2 preveía la « cláusula de salvaguardia ». Se puede afirmar que la tendencia en Francia ha sido atenuar las medidas de protección que acordaban prioridad a los trabajadores nacionales en el empleo. Es menester constatar por el contrario que desde el 1 de abril de 1967 los Países Bajos, que habían recurrido a la cláusula de protección, restableciendo la prioridad de los trabajadores nacionales en el mercado del empleo en todas las profesiones en la Provincia de Overijssel, y Bélgica, que adoptara una medida análoga para las provincias de Hainaut, Lieja y Limburgo, con relación a los mineros de fondo y de superficie, habían con estas medidas dado en realidad un paso atrás que, si bien justificado por razones económicas y sociales a nivel nacional o regional, no eran menos perjudiciales para el proceso de aplicación total de la libre circulación. En efecto, desde el 1 de abril de 1966 en el caso de los

Países Bajos y el 1 de octubre del mismo año en el caso de Bélgica, se había eliminado toda restricción en este campo.

Esta situación era tanto más grave por estar en flagrante contradicción con el reglamento y las directivas que antes se mencionan y que han sido recientemente aprobadas por el Consejo.

Los proyectos de reglamento y de directivas habían sido sometidos por la Comisión al Consejo de Ministros quien, el 7 de abril de 1967, procedió a realizar consultas con el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social.

El 17 de octubre de 1967, el Parlamento emitió una opinión favorable, sugiriendo ciertas modificaciones. El Comité Económico y Social dio su opinión favorable el 26 de octubre de 1967. Teniendo en cuenta dichas opiniones, la Comisión sometió al Consejo, a principios de 1968, el texto enmendado de los proyectos. Las disposiciones del reglamento 38/64 que el Consejo aprobara en 1964 dejaron de aplicarse con la entrada en vigor del nuevo reglamento, esto es, el 1 de julio de 1968. El nuevo instrumento es obligatorio en su totalidad y directamente aplicable a todo Estado miembro (nuevo artículo 56).

B. Libertad de establecimiento y de prestación de servicios

Esta cuestión queda definida por los artículos 52 a 66 del Tratado de Roma, al igual que por dos programas generales.

Se entiende por establecimiento la instalación en un país extranjero con vistas al ejercicio de una actividad profesional no asalariada. Puede tratarse de una instalación a título principal o secundario, en cuyo caso toma forma con la creación de una agencia, sucursal o filial.

La prestación de servicios es la prestación efectuada contra remuneración por una persona instalada en un Estado, en favor de un beneficiario residente en otro Estado. En este caso, debe igualmente tratarse de una actividad profesional no asalariada.

Para beneficiar de la libertad de establecimiento, es necesario ser natural de un Estado miembro. En el caso de los servicios, se necesita que la prestación se realice en un país miembro. Se han previsto ciertas restricciones que atañen a las actividades relacionadas con el ejercicio de la autoridad pública (artículo 55 del Tratado) en cuyo caso se admiten medidas que someten a los extranjeros a reglamentos especiales por razones de orden público, de seguridad y de salud públicas (artículo 56, párrafo 1).

Los dos programas generales aprobados por el Consejo el 18 de diciembre de 1961 establecen por una parte los plazos de aplicación de la libertad progresiva, indicando por otra parte los objetivos que

persigue la Comunidad. El derecho de establecimiento y de prestación de servicios podrá sólo convertirse en una realidad a costa de:

La eliminación de los tratamientos diferenciales con relación a los nacionales,
la coordinación de las legislaciones nacionales, y
el reconocimiento mutuo de los diplomas.

Por eliminación del trato diferencial se implica la supresión de las reglas discriminatorias contra extranjeros en dominios tales como:

la subordinación de una autorización a condiciones suplementarias o a una estancia previa en el país huésped,
el gravamen de cargas fiscales mayores a los extranjeros,
la constitución de una fianza especial para extranjeros,
la limitación de las posibilidades de abasto y acceso a los mercados,
la participación en las sociedades,
la participación en los sistemas de seguridad social,
la sumisión a un régimen menos favorable en caso de nacionalización, expropiación o requisición,
la posibilidad de suscribir contratos de arriendos de tierras o comerciales, de beneficiar de concesiones, de participar en mercados públicos, de adquirir, explotar o alienar bienes muebles o inmuebles, al igual que la propiedad intelectual y los derechos que de ella derivan y de recurrir en justicia,
la afiliación a organismos profesionales. (4)

En determinados casos el Tratado mismo especifica que la eliminación de las medidas discriminatorias está subordinada a la coordinación de las legislaciones nacionales, con el fin de facilitar el ejercicio de ciertas actividades en el conjunto de la Comunidad, por ejemplo, de las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas (artículo 57, párrafo 3).

Con un espíritu más flexible, los programas generales prevén que para cada actividad no asalariada se procederá a examinar si la abolición de las medidas restrictivas es precedida, acompañada o seguida de las medidas relativas al acceso a la profesión y a su ejercicio. Este procedimiento se cumple según el esquema siguiente:

1. Si se trata de una profesión de reglamentación estricta, las *medidas de coordinación* deberán aplicarse *a priori* (seguros directos, excluyendo el seguro de vida).

⁴ Comunicación relativa a la puesta en aplicación de los programas generales sobre derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios. 5 de julio de 1967, página 4, (Versión francesa).

2. Para el caso de profesiones medianamente reglamentadas, se prevén *disposiciones transitorias* (comercio al por mayor o minorista).
3. De tratarse de una profesión de reglamentación simple, se aplicará directamente la *eliminación del trato diferencial*.

Es necesario a este respecto agregar que la coordinación de las medidas nacionales, aplicables a los extranjeros y únicamente justificadas por razones de orden público, de seguridad y de salud públicas, previstas todas por el párrafo 1 del artículo 56 del Tratado, debe asegurar que estas medidas de excepción no sean utilizadas como medios de derogar las obligaciones que el Tratado impone.

Por último, el problema del reconocimiento mutuo de los títulos de formación profesional, debe abarcar la posibilidad de ejercer actividades económicas. Así, cuando existen divergencias en las modalidades de formación, los trabajos conducen a la instauración de un programa mínimo al que todos los Estados miembros deben ajustar sus propios programas de enseñanza.

El 3 de julio de 1967, la Comisión transmitió al Consejo un informe sobre aplicación de programas generales. Este informe hace el balance hasta el 30 de abril de 1967 de los trabajos en curso tendientes a eliminar el trato diferencial y a coordinar las legislaciones de los Estados miembros. El 11 y 12 de diciembre de 1967, el Consejo aprobó dicho informe, declarando: « El Consejo comparte la opinión de la Comisión en el sentido de que los trabajos destinados a elaborar directivas que aún no han sido adoptadas deben proseguir rápidamente, para que ellas puedan ser aprobadas antes del término del período de transición. » En efecto, es menester reconocer que desde la entrada en vigor del Tratado de Roma el 1 de enero de 1958 hasta el 31 de diciembre de 1967, 18 directivas fueron aprobadas por el Consejo y una recomendación por la Comisión. Actualmente, hay 13 proyectos de directivas sometidas a estudio por el Consejo, y la Comisión se encuentra en pleno proceso de elaboración de 33 propuestas de directivas. ⁽⁵⁾

Desde el mes de febrero de 1964, el Consejo ha solucionado cierto número de cuestiones de principios:

1. Las personas que ejercen una actividad no asalariada y que deseen establecerse en el territorio de otro Estado miembro o efectuar en él una prestación de servicios, deben disfrutar del

⁵ Véase el primer informe general sobre actividad de las Comunidades en 1967 (pag. 85 del texto francés). Cuadro sobre supresión de restricciones a la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios para los nacionales de los otros Estados miembros (1 de enero, 1958 - 31 de diciembre, 1967).

derecho a afiliarse a Cámaras y otros organismos profesionales locales, para acceder plenamente a los beneficios que de ello puedan derivar. Esta disposición incluye la posibilidad de ser elegido a los organismos dirigentes, salvo en los casos precisos en que las funciones directivas en el seno de estos organismos participen en el ejercicio de la autoridad pública.

2. En el caso de ciertas profesiones (por ejemplo industriales o comerciales) para las cuales se exigen condiciones de capacidad, se debe facilitar a los interesados la prueba de la especialización requerida. El país huésped no estaba autorizado a imponer un examen suplementario salvo en casos excepcionales, en que el ejercicio de una profesión se veía sujeto a condiciones especiales.

3. En el sector de las *profesiones artesanales y comerciales*, los problemas siguen teniendo difícil solución. En efecto, la estructura de dichas profesiones, al igual que los reglamentos que las gobiernan difieren entre países miembros.

Es por ello que el Consejo ha previsto en los programas generales el recurso a «medidas transitorias» para las profesiones semi-reglamentadas. Dichas medidas deben hacer las veces de equivalencias de aptitud o de coordinación en condiciones determinadas, eventualmente después de satisfacer pruebas complementarias. Ellas no se aplican a los naturales de los países miembros que hayan ejercido su profesión artesanal o comercial en su país de origen. Es necesario admitir por ejemplo el hecho de que en Alemania sea condición indispensable para ser lechero autorizado haber cumplido siete años de aprendizaje. La reglamentación de esta profesión comercial en Alemania condujo a la Comisión a proponer la armonización de los métodos de formación de lecheros en los otros cinco países miembros de la Comunidad, a fin de poder facilitar la libertad de establecimiento de los lecheros. Actualmente están todos obligados a recibir en sus propios países una formación profesional de siete años.

El 25 de febrero de 1964, el Consejo adoptó tres propuestas de directivas que le habían sido sometidas por la Comisión. La primera se aplica a las actividades no asalariadas del comercio mayorista, relacionadas con el comercio interno. El Parlamento y el Consejo Económico y Social habían enmendado el texto inicial, haciendo notar que era necesario garantizar expresamente la aplicación a las organizaciones profesionales, reforma ésta que fue aceptada por el Consejo.

La segunda directiva se refiere a las actividades de los intermediarios en la industria, el comercio y la artesanía, y afecta directamente a los representantes de comercio, a los comisionistas, a

los intermediarios y a los demás auxiliares de comercio e industria. El Consejo aceptó la propuesta del Parlamento Europeo sobre obligación de suprimir totalmente las restricciones.

La tercera directiva establece medidas transitorias aplicables a las actividades tratadas por las dos primeras.

Prosiguiendo con su evolución, el Consejo promulgó el 12 de enero de 1967 una directiva relativa a las actividades no asalariadas en el campo de los asuntos inmobiliarios y de los servicios prestados a las empresas, con el fin de abolir las disposiciones que imponen como condición ostentar la nacionalidad del país en el cual se desee ejercer la actividad y de garantizar a los beneficiarios el derecho de adherir a organizaciones profesionales en las mismas condiciones y con iguales derechos y obligaciones que los nacionales. Por último, la Comisión ha presentado al Consejo otros proyectos relativos al comercio minorista, a los restaurantes, hoteles, industrias y a los depositarios y agentes de aduana.

4. *En el sector de las profesiones liberales* se encuentran en proceso de elaboración cerca de cuarenta propuestas. Los trabajos en este dominio avanzan muy lentamente en razón de que las profesiones liberales en los distintos países miembros de la Comunidad están regidas por reglamentos muy estrictos y complejos. Además, determinadas profesiones liberales quedan pura y simplemente excluidas del beneficio de la libertad de establecimiento, en aplicación de los artículos de excepción del tratado (particularmente el artículo 55, que dispone « Quedan exceptuadas de la aplicación de las disposiciones (del Tratado)... aquellas actividades que participen... aún a título ocasional, en el ejercicio de la autoridad pública ».)

Las profesiones técnicas constituyen la vanguardia en cuanto a libertad de establecimiento. La profesión de arquitecto beneficia de la elaboración de normas europeas muy adelantadas y la Comisión ha sometido al Consejo tres propuestas de directivas que le conciernen:

- (a) El primer proyecto se refiere a las modalidades de aplicación de la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas de los arquitectos. En virtud del mismo, podrán adherir a organizaciones profesionales y hacer uso del título profesional lícito del estado miembro que les acoja.
- (b) El segundo proyecto prevé el reconocimiento mutuo de diplomas, estableciendo una lista limitativa de los mismos.
- (c) El tercer proyecto permite a los arquitectos que no han recibido su formación en una de las escuelas e instituciones

mencionadas en el segundo, beneficiar de la posibilidad de pasar « una prueba de título », cuyas modalidades se fijan.

Las directivas relativas a la profesión de arquitecto serán aprobadas por el Consejo en el curso de 1968. En estos tres casos, lo interesante está en que constituyen el esquema tipo del proceso que la Comisión debe seguir para poner en aplicación la libertad de establecimiento de una profesión liberal.

En cuanto a los ingenieros, el reconocimiento de los diplomas ha demostrado ser asunto de gran complejidad, por lo que se prevé la adopción de medidas transitorias en el momento que la Comisión proceda a elaborar las directivas que les conciernan. Se pretendería hacer la distinción entre dos categorías de ingenieros: en primer lugar, aquéllos que han obtenido un título universitario o equivalente (por ejemplo, el que conceden las grandes escuelas francesas) y por otra parte aquéllos titulares de otros diplomas, y de nivel menos alto, que constituyen de hecho una especie de técnicos superiores con derecho de todos modos al título de ingenieros (como es a menudo el caso en Alemania y a veces en Francia, en escuelas del tipo de la Escuela Breguet), a fin de que sus casos sean considerados según una óptica diferente.

En cuanto a las *profesiones médicas, paramédicas y farmacéutica*, la liberación progresiva de las restricciones estará como se dijo antes, subordinada a la coordinación de sus condiciones de práctica profesional en los diferentes Estados (artículo 57, párrafo 3, del Tratado).

(a) La supresión de las restricciones que afectan a las profesiones médicas plantea el problema de la validez del título en el país huésped. Las medidas de coordinación previstas por la Comisión en este campo se refieren al nivel de formación de especialistas, las condiciones de honorabilidad y el período de adaptación en el país huésped.

(b) En el caso de las profesiones paramédicas, ópticos, ortopedistas, enfermeras, farmacéuticos, que deseen abrir una consulta propia, la elaboración de los proyectos de directivas está muy avanzada y cubre la coordinación, el reconocimiento de los diplomas y la supresión de las restricciones.

El caso de las *profesiones jurídicas* implica numerosos problemas. Los auxiliares de justicia, notarios, bedeles, ujieres, escribanos y procuradores están excluidos del artículo 49 del Tratado sobre libertad de establecimiento, en aplicación del Artículo 55, ya que en sus Estados respectivos participan en el ejercicio del poder público.

En lo que se refiere al abogado, surgen tres tipos de dificultades:

(a) Algunos abogados se oponen a la liberación de la profesión en base a que, arguyen, por ser ellos también auxiliares de justicia, participan al menos ocasionalmente en el ejercicio de la autoridad pública, reivindicando por tanto la posibilidad de acogerse al artículo 55 del Tratado. Será en efecto necesario excluir de las actividades del abogado extranjero proveniente de un país miembro y que se instala en otro país miembro, la posibilidad de pasar al estrado a completar el Tribunal, como pueden hacerlo los abogados franceses en Francia, o actuar como representantes del Ministerio público, como pueden hacerlo en Italia los abogados italianos. Otros evocan las restricciones previstas en el Artículo 56, precisando que el Tratado dispone que en todo momento podrá aplicarse un régimen especial a los extranjeros en uno de los países miembros. Ahora bien, se guardan de citar íntegramente el artículo en cuestión, o mencionar que la aplicación de un régimen especial a los extranjeros debería estar justificada por consideraciones de orden público, de seguridad o salud públicas, lo que no parece ser el caso de la profesión de abogado.

(b) La libertad de establecimiento de esta profesión liberal plantea además el problema de las disparidades de nivel en la formación de juristas. Los Países Bajos exigen, por ejemplo, sólo la licencia para litigar, mientras que en Francia la licencia debe estar complementada por el certificado de aptitud a la profesión de abogado. A estas diferencias de nivel se suman por otro lado las diferencias de idioma y sistemas jurídicos. Estos problemas hacen necesaria la introducción para el abogado que desee establecerse en uno de los Países Miembros, de un examen complementario sobre el Derecho del mismo.

(c) La libertad de establecimiento es más difícil de otorgar que la de libre prestación de servicios, en la medida en que un abogado de un Estado miembro de la Comunidad, normalmente establecido en su país e inscrito a un foro, litiga en una causa que concierne al derecho de su país en otro Estado miembro, lo cual implica una prestación de servicios y no el establecimiento. Ciertos abogados en el país huésped tratan de defenderse contra esta situación, por considerar que de hecho redundaría en una pérdida de oportunidades en su profesión, ya que en este caso se acuerda prioridad para litigar al abogado extranjero. Es sin embargo necesario aclarar que la prestación de servicios es válida en los dos sentidos y que, a la inversa, aquellos abogados tendrán derecho a litigar en el extranjero en toda causa que atañe al derecho de su país.

En cuanto al alegato, es de justicia reconocer que un abogado

extranjero ha tenido siempre la posibilidad de presentarse ante los tribunales de una jurisdicción francesa, y a la inversa. Los abogados franceses pueden litigar ante magistrados belgas o luxemburgueses, y los juristas de estos dos países pueden litigar en Francia, a condición por supuesto de que se expresen en francés. El problema es pues en realidad, el del idioma del abogado en el caso de los italianos, alemanes y holandeses.

En tanto que personas morales de derecho público, las órdenes profesionales deberán conformarse a las directivas comunitarias tan pronto como éstas queden definitivamente aprobadas. Por su parte, las asociaciones profesionales con estatuto de derecho privado, como por ejemplo aquellas que regula la ley de 1901 en Francia, podrán no someterse a estas normas, a condición sin embargo que su abstención no restrinja la libertad de establecimiento de los trabajadores no asalariados del mismo grupo profesional. Esto ocurre con los asesores jurídicos que pueden ejercer su profesión en su país o en el país huésped con total independencia.

5. *Reconocimiento mutuo de los diplomas y coordinación de las formaciones.* En razón de las diferencias que existen tanto en los programas de formación como en la amplitud de los diplomas, los trabajos sobre reconocimiento mutuo de diplomas progresan muy lentamente. En efecto, se da el caso de que para determinadas actividades, especialmente en el sector artesanal, ciertos Estados exijan un diploma y otros no. Ello crea dificultades en el régimen de coordinación del acceso a las actividades no asalariadas. Ahora bien, en la medida que ella está ligada a las condiciones de ejercicio de una actividad profesional, y si los estados miembros, en aplicación de una directiva sobre derecho de establecimiento, reconocen la equivalencia de los títulos universitarios o de otro tipo exigidos para una profesión según criterios relativamente pragmáticos y sin prejuzgar de su valor académico, no se puede negar que el reconocimiento de los diplomas ha logrado progresos indudables.

Ahora bien, el problema va aún más lejos. No sólo se trata de dar al trabajador la posibilidad de utilizar su diploma en todos los países miembros, asegurándole una formación más perfecta, sino que es sobre todo necesario tratar de asimilar los programas de estudio para atenuar las divergencias existentes entre los sistemas de formación y favorecer así el establecimiento progresivo de una política comunitaria de la educación. A este respecto, los trabajos en curso se realizan en colaboración con las universidades. La Comisión preconiza la creación de una universidad europea.

La Comisión someterá a los Estados miembros proposiciones tendientes a armonizar la política universitaria en los seis países

miembros. El Sr. Hellwig, vicepresidente alemán, a cargo de la cartera de Investigación General y Nuclear, dijo el 15 de julio último que, « en la fase en que se encuentra hoy la Comunidad y le enseñanza universitaria, se hace urgente una europeización mínima », preconizando en particular la libre circulación de docentes, investigadores y estudiantes para colaborar con la puesta en aplicación de un sistema de equivalencia de diplomas.

C. Armonización de las legislaciones sociales

Es necesario tener en cuenta que los seis países que concertaron la construcción del Mercado común tienen entre sí grados muy desiguales de empleo, regímenes y niveles de salario diferentes y sistemas de seguridad social y prestaciones sociales totalmente diversos. Ahora bien, en lo que se refiere a la situación del mercado del empleo, se puede constatar un retroceso considerable del desempleo en Italia. Si la evolución ha sido favorable en los otros países miembros hasta la primera mitad de 1966, hay que admitir que en los últimos dos años la situación se ha deteriorado mucho, principalmente en Francia, aún cuando Bélgica y Alemania Federal han sentido también los efectos de esta ola de desempleo. Por otra parte, si se consideran los problemas futuros en materia de empleo, salta a la vista que las necesidades en mano de obra especializada pueden llegar a provocar tensiones ciertas en el mercado del trabajo. Hoy es ya una realidad lamentable el desempleo de los jóvenes intelectuales, que no consiguen encontrar trabajo a pesar de sus diplomas. Se constata por otra parte la creciente carencia de técnicos especializados. Para resolver este problema, son medios necesarios, aunque no suficientes, la creación de nuevos empleos, y la orientación profesional en función de las necesidades reales de la economía.

De modo general, el desarrollo de las dificultades en ciertas regiones, o en determinados sectores de la actividad, por ejemplo, la baja de los pedidos a los armadores franceses, o, lo que es aún más serio, el cierre de las Minas de Decazeville hacen necesarias reconversiones de personal. Ante estos problemas, la Comisión debe tratar de ver claro, obteniendo informaciones completas sobre la evolución del empleo por sectores, categorías, nivel de especialización y regiones, con vistas a decidir las medidas que permitan hacer frente a las situaciones ya existentes o previsibles para el futuro. Así, en caso de paro total, las prestaciones al tipo y por el plazo previsto son las que acepta la legislación del Estado miembro donde se encuentra el desocupado. El Fondo Social Europeo debería desempeñar un papel de importancia creciente en este dominio, ampliando sus posibilidades de intervención.

En cuanto a las condiciones laborales y de vida, se puede decir que el aumento global de los salarios ha superado un 50% de 1958 a 1966 en los seis países miembros. Las diferencias de salarios entre países más favorecidos, por ejemplo en Bélgica y Luxemburgo, y los menos favorecidos, como ser Italia, han ido disminuyendo en los últimos diez años, sin llegar sin embargo a la equiparación de los niveles de vida respectivos. Por otra parte, en diferentes países se suman a los salarios diferentes medidas correctivas. Francia en particular, cuyos salarios no se cuentan entre los más elevados, otorga un aumento de nivel de vida de sus ciudadanos al recurrir con largueza al sistema de prestaciones sociales (familiares, prestaciones de todo tipo, por alojamiento, etc.) que constituyen un salario indirecto para ciertas categorías de trabajadores. Otros países miembros, entre ellos, Alemania Federal, prefieren seguir una política directa de altos salarios. En la mayoría de los países miembros se puede apreciar una reducción sensible de las horas de trabajo, ya sea semanales o anuales, y la extensión de las vacaciones pagas es el criterio que rige la aplicación del derecho de los trabajadores al reposo, complemento del derecho al trabajo.

En materia de remuneración de mano de obra masculina y femenina, la concreción del principio de igualdad había sido fijada para diciembre de 1964, pero el último informe presentado por la Comisión al Consejo en agosto de 1967 indica que la discriminación subsiste, en particular debido a que el trabajo de la mujer es objeto, en los sistemas de clasificación, de una subvaloración, que se refleja por supuesto en la remuneración. A pesar de las desigualdades que aún existen es justo reconocer que en el curso de los últimos años los salarios femeninos han subido algo, reduciéndose así en parte la diferencia que existe con los masculinos.

En lo que toca a seguridad social, en los seis países miembros se han constatado progresos, y merece alabarse el esfuerzo realizado en la elevación de niveles de protección, gastos médicos y farmacéuticos, que son cubiertos en mucho mayor proporción, y en la extensión progresiva de la aplicación a nuevas categorías de beneficiarios, ya que actualmente los agricultores y otros trabajadores independientes pueden acogerse a la protección de un sistema de seguridad social.

Por otra parte, con el fin de que los trabajadores migrantes puedan conservar o acumular los derechos adquiridos, se ha tratado de coordinar, sin llegar sin embargo a armonizar, las legislaciones sociales de los seis países miembros, en aplicación del Artículo 51 del Tratado de Roma. Así, desde 1958 se adoptaron los reglamentos 3 y 4, que fueron redactados con ayuda de la Oficina Internacional del Trabajo, y puestos en vigor en enero de 1959. Hace dos años, la Comisión sometió una propuesta tendiente a

revisar el reglamento no. 3, titulado «reglamento relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores asalariados y a sus familias que se desplacen en el seno de la comunidad». Este texto permaneció largo tiempo ante el Parlamento Europeo, donde fuera objeto de un informe extensivo del Sr. Troclet, miembro de la Comisión de Asuntos Sociales y Salud Pública. El nuevo instrumento trata de extender al máximo las prestaciones para los trabajadores y sus familias en casos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y fallecimiento, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo y prestaciones familiares. Lo que realmente cuenta es que el trabajador que habiendo trabajado en diferentes países y habiendo estado sometido a sus diversas legislaciones respectivas, pueda apercibir las prestaciones que le corresponden por derecho sin discriminación. De ahí la necesidad de asimilar o tomar en consideración los períodos de seguro que haya cumplido bajo las legislaciones de los diversos Estados miembros. En un futuro muy cercano, este reglamento será sometido a estudio por el Consejo.

Desde 1963 se aprobaron además dos reglamentos relativos a la seguridad social de los trabajadores fronterizos y temporarios. La ampliación de las prestaciones ha aumentado en mucho los gastos de la seguridad social, con el resultado de que prácticamente en todos sitios las cotizaciones han subido.

Si la existencia del Mercado común ha hecho posible la «nivelación en el progreso, las condiciones de vida y trabajo de la mano de obra» según lo indicaba el Artículo 117 del Tratado de Roma, no es menos cierto que la elaboración social de Europa sigue estando fraccionada: todas las encuestas, estadísticas, estudios y gráficos comparados son otros tantos incentivos a emprender una labor conjunta para el progreso efectivo en el plano social. Ahora bien, en la ausencia de una política de planificación indicativa, con plazos de vencimiento aunque sean flexibles y sin la participación activa, y no sólo consultiva, de los representantes laborales, es decir, de los sindicatos, no será posible elevar el nivel comunitario de modo tal que desaparezcan las desigualdades que subsisten entre los Estados miembros.

Este año 1968 marca la voluntad de quienes están entregados a la construcción de Europa de dar un paso adelante en numerosos sectores. El 29 de julio, día mismo en que firmaban el reglamento sobre libre circulación de trabajadores, los seis ministros de Asuntos Sociales acordaron reunirse en el otoño en una Conferencia dedicada al problema del empleo y de la coyuntura en la comunidad con los sindicatos. A pedido de Francia, todos fueron invitados y así, los sindicatos comunistas franceses e italianos serán por vez primera admitidos a tomar parte en los debates. El papel

de los sindicatos sigue siendo consultivo, pero habrá así una representación mucho más amplia de las partes interesadas.

El ideal de hacer de los 185 millones de personas que pertenecen a la comunidad una entidad homogénea hubiera pecado de ambicioso. Los seis países que la componen tienen a sus espaldas la herencia de un pasado nacional demasiado rico para que los valores culturales de las partes puedan fundirse en un solo molde. La lengua, la literatura y aún la historia de cada pueblo tienen características demasiado específicas que impiden su desaparición. No se trata pues de fabricar un « pueblo europeo » sino que « de la confrontación de acervos culturales, experiencias, costumbres y conocimientos de cada uno, nazca el espíritu europeo ».

Es por ello que la circulación de las personas, como la circulación de ideas en el seno del Mercado Común enriquecerá su potencial. Es indiscutible que los habitantes de cada nación tendrán menos interés en abandonar su tierra a medida que el nivel de vida que en ella disfrutan aumente. En general, las sociedades pobres o desgarradas por motivos económicos, religiosos, ideológicos, políticos o raciales, emigran más que aquellas más afortunadas, que se sienten plenamente en su tierra. Ahora bien, sería equivocado creer que todos los habitantes sin excepción de la Europa de hoy han llegado a satisfacer plenamente sus necesidades materiales y espirituales cuentan con un alojamiento inmejorable, no tienen aspiración alguna y no desean ampliar sus contactos con los demás.

La libre circulación de los trabajadores y trabajadoras en el seno de la Comunidad permitirá a los pueblos de estos seis países beneficiar más ampliamente de los términos del intercambio. Al responder en virtud de su facultad de desplazamiento a ofertas venidas de todos los puntos de este enorme mercado, ellos podrán alcanzar, allí donde se encuentre, un bienestar mayor que redundará en beneficio de todos.

Nadie niega que la libertad de establecimiento exige una labor dura y minuciosa que está lejos de ver el fin. Las realizaciones verdaderas en este campo no podrán materializarse sin que antes se experimente una reconversión profunda de la mentalidad, sin una apertura generosa de cada uno de los seis países hacia los demás y sin la voluntad de todos y cada uno de acrecentar el patrimonio europeo, poniendo todo en común. La Europa que se unifica dará una respuesta positiva al ejercicio de los derechos humanos en el plano económico y social.

LA PROTECCION PROCESAL DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN AMERICA LATINA

por

HÉCTOR FIX ZAMUDIO *

SUMARIO

1. *Concepto de garantía individual: terminología tradicional y significado actual.* 2. *La jurisdicción constitucional de la libertad.* 3. *Habeas corpus.* 4. *Mandamiento de seguridad.* 5. *Acción o recurso de inconstitucionalidad.* 6. *Acción, recurso o juicio de amparo.* 7. *La protección de los derechos del hombre y las situaciones de emergencia.* 8. *Bases uniformes para un amparo latinoamericano.* 9. *El amparo como instrumento de protección internacional.*

1. Concepto de garantía individual: terminología tradicional y significado actual

La denominación de «garantías individuales» es de carácter tradicional y cristalizó en numerosos ordenamientos constitucionales de Latinoamérica debido a la influencia de las cartas francesas de carácter revolucionario, pues como lo ha hecho notar atinadamente el constitucionalista argentino Carlos Sánchez Viamonte, no encontramos esta idea de las garantías en los textos angloamericanos, particularmente de los Estados Unidos, que también trascendieron en nuestras instituciones fundamentales¹, y lo mismo se desprende del clásico estudio de Jorge Jellinek².

Descubrimos un pensamiento común a los revolucionarios franceses que desemboca en la idea y el propósito un tanto románticos de inscribir los derechos más esenciales de la persona humana en el texto de un documento constitucional, con el objeto de que fuesen conocidos y obedecidos por todas las autoridades³.

* Director e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ *Los derechos del hombre en la revolución francesa.* México, 1956, p. 68.

² *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,* México, sin fecha, esp. pp. 45 y ss.

³ Cfr. León Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2.^a Ed., tomo III, París 1924, pp. 561 y ss; A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, tomo I, París, 1921, pp. 556 y ss. Julien Leferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, 2.^a Ed. París 1947, pp. 47 y ss.

Aquellos hombres idealistas y un tanto ingenuos que se abrazaban alborozados por considerar que habían descubierto los principios políticos de la felicidad humana, creyeron que definiendo y precisando los derechos naturales del hombre que se consideraban como más importantes para su dignidad y elevándolos a la categoría de preceptos constitucionales, los iban a dar a conocer a gobernantes y gobernados y, por tanto, asegurar su eficacia y respeto por todos los miembros de la sociedad, y particularmente por parte de las autoridades.

Más prácticos, los angloamericanos, si bien siguieron el mismo sistema de consagrar los derechos fundamentales de la persona humana, que también estimaron indispensables para la convivencia humana, no los calificaron de « garantías », sino de *declaration (o bill) of rights*⁴, e inclusive, con muy buen sentido, los autores de las diez primeras enmiendas de la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 — la que por otra parte carecía en su texto primitivo de una verdadera declaración de derechos — se consideraron impotentes para encerrar en fórmulas constitucionales los derechos esenciales de la persona humana, y en una de estas enmiendas que fueron adoptadas en 1791, o sea la novena, determinaron expresamente que la enumeración que la Carta Suprema hacía de determinados derechos no debía interpretarse como derogación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo⁵.

Constituye un hecho suficientemente explorado y sobre el cual no es necesario insistir, el que las Constituciones latinoamericanas del siglo XIX fueron el resultado de una triple influencia — que se conjugó en una mayor o menor proporción en cada caso —, y ese triple modelo lo proporcionaron las Constituciones francesas revolucionarias, la Carta Federal de los Estados Unidos de 1787 y la Ley Fundamental de Cádiz de 1812, pero en el aspecto en que resulta más evidente la inspiración de los textos franceses es precisamente en el capítulo de los derechos del hombre.

Podemos citar como ejemplos de esta influencia los ordenamientos constitucionales de Argentina, Uruguay, Chile, Brasil y desde luego, México, que siguen la terminología francesa de las garantías individuales y en ocasiones « constitucionales », con el significado de derechos de la persona humana consagrados en la Ley Suprema.

⁴ Los textos de las declaraciones de derechos en las Constituciones locales de los Estados de la Confederación que luchaban por su independencia de Inglaterra, y que se promulgaron entre 1776 y 1787, pueden consultarse en la recopilación realizada por Richard L. Perry y John C. Cooper, *Sources of our liberties*, 3.^a reimpresión, New York, 1964, pp. 301-397.

⁵ Para el alcance de esta disposición puede consultarse la breve pero profunda explicación de Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, New York 1964, pp. 234 y 235.

En el constitucionalismo rioplatense se ha establecido la tradición, que todavía subsiste, de calificar la consagración de los derechos fundamentales de la persona humana como « declaraciones, derechos y garantías », y esto no sólo en la Ley Fundamental argentina, cuyo texto primitivo data de 1853⁶, sino que esta terminología se introdujo en la Carta Fundamental uruguaya de 1918⁷, y se ha mantenido inclusive en la muy reciente Constitución de 1966 (Sección II, artículos 7.º - 72).

La Constitución chilena de 1925, reformada en 1943, que es la vigente en la actualidad, enumera los derechos fundamentales de los habitantes del país, bajo la denominación de « garantías constitucionales » (Capítulo II, artículos 10-23), calificación que proviene desde la Carta Fundamental de 1833⁸.

La Constitución del Imperio del Brasil de 1824 utilizó la terminología clásica de las garantías de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos brasileños (Título VIII, artículos 173-179), que perduró a través de las Leyes Fundamentales posteriores, y en la Carta de 1946 se adoptó la denominación de « derechos y garantías individuales » (Título IV, Capítulo II, artículos 141-144)⁹, y se sigue el mismo criterio en la muy reciente Ley Suprema de 24 de enero de 1967 (Título II, Capítulo IV, artículos 150-151).

En cuanto a México, la denominación de « garantías individuales » para designar los derechos del hombre consignados constitucionalmente, la encontramos ya consignada en la Constitución para la provincia de Yucatán, promulgada en 1841 (artículos 7.º a 9.º) debido a la inspiración de Manuel Crescencio Rejón — por cierto uno de los creadores del juicio de amparo,¹⁰ y esta terminología persiste en varios de los documentos fundamentales posteriores, para consagrarse definitivamente en el Título I, Capítulo I, de la Constitución de 1857, y expresamente en los mismos Título y Capítulo de la Carta Fundamental actual de 5 de febrero de 1917¹¹.

⁶ Cfr. Carlos Sánchez Viamonte, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX en Argentina*, en el libro « El constitucionalismo a mediados del siglo XIX » tomo I, México 1957, pp. 128 y ss.

⁷ Cfr. Héctor Gros Espiell, *Las constituciones del Uruguay*, Madrid, 1956, pp. 59 y ss., 205 y ss.

⁸ Cfr. Alejandro Silva Bascañán, *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, Santiago, 1963, pp. 205 y ss.

⁹ Cfr. Pontes de Miranda, *Comentarios a Constituição de 1946*, 3.ª Ed., tomo IV, Rio de Janeiro, pp. 237 y ss.

¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México, 1960, pp. 97 y ss., debiendo advertirse que en los artículos 8º y 9º de dicha Carta Fundamental se consigna la verdadera garantía, o sea el amparo, como instrumento procesal para lograr la eficacia de los derechos del hombre consignados en los preceptos anteriores.

¹¹ La doctrina mexicana sigue claramente el criterio tradicional, tanto en relación con la Constitución de 1857 como respecto de la actual, de acuerdo con

Sin embargo, últimamente ha empezado a perder fuerza esta significación tradicional, ya que la doctrina moderna empezó a percatare de que la simple elevación de ciertos derechos de la persona humana al rango de preceptos constitucionales no era suficiente para «garantizar» su eficacia, como la dolorosa y atormentada historia de nuestros pueblos latinoamericanos lo ha demostrado repetidamente.

En efecto, ya en la actualidad son numerosos los constitucionalistas que consideran que la verdadera garantía de los derechos de la persona humana consiste precisamente en su protección procesal, y debemos reconocer que los juristas italianos han desarrollado admirablemente la teoría de las garantías constitucionales en sentido estricto, es decir, entendidas como instrumentos procesales para lograr la efectividad de las normas de la Constitución¹², hasta el extremo de incorporarlas al mismo texto de la Carta Fundamental de diciembre de 1947, cuyo Título VI se intitula precisamente «De las garantías constitucionales», entre las cuales comprende, correctamente, las atribuciones de la Corte Constitucional (artículo 134-137)¹³.

Pero también la doctrina latinoamericana, y particularmente la argentina¹⁴ y la panameña¹⁵ han adoptado una postura en cierto sentido similar a la italiana, en la inteligencia de que tuvo consagración legislativa, en la Carta Fundamental de Panamá promulgada en 1941, cuya sección vigésima segunda sobre «Instituciones de Garantía», comprendía todos los medios procesales a

los estudios de Isidro Montiel y Duarte, *Estudio sobre las garantías individuales*, México, 1873; Adalberto G. Andrade, *Estudio del desarrollo histórico de nuestro sistema constitucional en materia de garantías individuales*, México, 1958 (pero redactado en 1931); y la reciente y muy completa monografía de Ignacio Burgoa *Las garantías individuales*, 5.^a Ed., México, 1968.

¹² Véase la profunda exposición de Serio Galeotti, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, 1963, pp. 124 y ss.

¹³ Sobre el particular, la bibliografía es muy amplia y sólo mencionaremos los siguientes trabajos: Ferruccio Pergolesi, *Diritto costituzionale*, 11.^a Ed. Padova, 1956, pp. 358 y ss., y Carlo Ceretti, *Corsi di diritto costituzionale italiano*, Torino 1956, pp. 447 y ss.

¹⁴ Cfr. Carlos Sánchez Viamonte, *El constitucionalismo y sus problemas* Buenos Aires 1957, pp. 97 y ss. Id. *Garantías constitucionales*, en «Enciclopedia Jurídica «Omeba», tomo XIII, Buenos Aires, 1960, pp. 15 y ss.; Rafael Bielsa *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, 2.^a Ed. Buenos Aires 1958, pp. 294 y ss.; Juan Casiello, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires 1964, p. 276; Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, tomo V, Buenos Aires 1956, pp. 335 y ss.; Adolfo R. Rouzaut, *Las Garantías constitucionales de la Libertad civil (doctrina y jurisprudencia)*, Rosario 1940, pp. 6 y ss.

¹⁵ J. D. Moscote, *El derecho constitucional panameño*, Panamá, 1943, pp. 459 y ss.

través de los cuales los habitantes del país podían obtener la protección de los derechos fundamentales¹⁶.

En consecuencia, debemos considerar que en el estado actual de la doctrina y aún en ciertos textos constitucionales latinoamericanos, es preciso distinguir entre los derechos del hombre consignados en la Ley Suprema y las « garantías » de tales derechos, que no son otra cosa que los medios procesales por conducto de los cuales es posible su protección y eficacia¹⁷.

Por otra parte, tampoco es correcta, estrictamente hablando, la calificación de individuales para referirse a los derechos del hombre, pues precisamente una de las características de nuestra época es la trascendencia social de tales derechos, de manera que al lado de los que tradicionalmente se han asignado al individuo, han surgido otros que contemplan a la persona humana en una nueva dimensión, la de su integración en los diversos grupos sociales que componen la sociedad moderna.

En este sentido, la Constitución mexicana vigente de 5 de febrero de 1917 señaló nuevos senderos, adelantándose inclusive a la Carta Fundamental alemana de octubre de 1919, ya que dos años antes de la promulgación de esta última, elevó al rango constitucional varios de estos derechos fundamentales de carácter social¹⁸, ejemplo que siguieron una gran parte de las Leyes Supremas expedidas durante la primera posguerra, como lo hizo notar agudamente Boris Mirkine Guetzevitch, quien sostuvo que en el siglo XX el sentido social del derecho no es sólo una doctrina ni una escuela jurídica, sino la vida misma¹⁹.

Y si esto ocurría después de la primera guerra mundial, en la segunda y más amarga posguerra, la constitucionalización de los derechos sociales puede considerarse como un fenómeno prácticamente universal, y, desde luego, es posible afirmar que en mayor o menor escala, todas las Leyes Fundamentales de los países latinoamericanos han consagrado, al lado de las clásicas declaraciones de derechos individuales, otros muchos derechos de naturaleza social, todos los cuales, juntamente con los primeros, pueden estimarse

¹⁶ Cfr. Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del doctor Moscote*, Panamá 1959, pp. 115 y ss.; Víctor F. Goytia; *Las Constituciones de Panamá*, Madrid 1954, pp. 675 y ss. y si bien la constitución vigente de 1946 no consigna un capítulo especial sobre las referidas « instituciones de garantía » conserva los mismos medios de protección procesal de los derechos fundamentales, que son los que reglamenta la también vigente ley de recursos constitucionales y de garantía, N.º 46 de 24 de noviembre de 1956.

¹⁷ Cfr. Héctor Fix Zamudio, *La defensa de la Constitución en « Revista de la Facultad de Derecho »*, Sinaloa, México, enero-julio de 1967, pp. 155-163.

¹⁸ Cfr. Pastor Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, 2.ª Ed, México 1959, pp. 27 y ss.

¹⁹ *Las nuevas Constituciones del mundo*, Madrid, 1931, p. 34.

como derechos del hombre, pues su último destinatario es la persona humana en sus dos dimensiones esenciales: individual y social²⁰.

Finalmente, no debemos olvidar el principio expresado por numerosas Constituciones de Latinoamérica sobre lo que se ha calificado como « derechos y garantías implícitos », es decir, aquellos derechos del hombre que no se han consignado expresamente en la Carta Fundamental, pero que deben considerarse como parte integrante de los mismos.

Ya expresamos que este principio fue consagrado primeramente en la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos (*ver nota 5*), pero después se extendió a varios textos constitucionales de Latinoamérica entre los cuales podemos citar las Cartas Fundamentales vigentes de Argentina (artículo 83); Bolivia (artículo 35); Brasil (artículo 150, parágrafo 35); Ecuador (artículo 28); Guatemala (artículo 77); Honduras (artículos 52 y 145); Paraguay (artículo 80); República Dominicana (artículo 10); Uruguay (artículo 72) y Venezuela (artículo 50).

De lo anterior debemos concluir que en el estado actual de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos no es correcto hablar de « garantías individuales » con el significado de los derechos del hombre consagrados expresa o implícitamente en la Carta Fundamental, pues este concepto restringido y tradicional ha sido sustituido por el de los derechos fundamentales de la persona humana, o derechos humanos, entendidos tanto en su sentido individual como social; y además también debe advertirse que la idea de « garantía constitucional » ha evolucionado para entenderse actualmente como la protección procesal de los derechos humanos, y, en general, de todo precepto de la Ley Suprema.

2. La jurisdicción constitucional de la libertad

El conjunto de instrumentos procesales o « garantías » en sentido estricto, que paulatinamente han ido estableciéndose con el objeto de tutelar los derechos de la persona humana, se ha agrupado bajo la denominación afortunada del jurista italiano Mauro Cappelletti, de « Jurisdicción Constitucional de la Libertad »²¹, partiendo de la base de que los derechos del hombre han sido considerados acertadamente como « derechos de libertad », ya que tales derechos

²⁰ El tratadista José Miranda ha señalado que una de las tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano radica precisamente en la « Constitucionalización de los derechos sociales » *Reformas y tendencias constitucionales recientes de la América Latina*, México 1957, pp. 232 y ss.

²¹ En la obra del mismo nombre, traducida por Héctor Fix Zamudio, México 1961, esp. pp. 111 y ss.

proporcionan a los gobernados una esfera jurídica protectora para lograr, a través del respeto de su igualdad y dignidad, la plena realización de su destino ²².

Dentro de esta jurisdicción podemos descubrir dos tipos de medios tutelares, unos que se utilizan para la defensa inmediata y directa de los derechos humanos, y un segundo sector que si bien no se encuentra configurado para realizar esa protección, de manera indirecta puede servir con el mismo propósito.

Dentro del primer supuesto se encuentran los instrumentos procesales que son el exclusivo objeto de este trabajo, tales como el *habeas corpus*, la acción o recurso de inconstitucionalidad, la acción, recurso o juicio de amparo, el mandamiento de seguridad, etc., y en el segundo grupo podemos citar al proceso ordinario, que como se ha puesto de relieve, puede tutelar los derechos del hombre en diversas formas ²³, entre las cuales destaca la posibilidad de plantear ante los jueces comunes la inconstitucionalidad de las disposiciones legales aplicables a un proceso ordinario, y que alguna de las partes considere lesivas de sus derechos fundamentales, es decir, lo que se ha denominado « control judicial de la constitucionalidad de las leyes por vía de excepción », control « difuso », o, con mayor propiedad, « por vía incidental » ²⁴.

También dentro de los medios indirectos podemos citar al procedimiento y al proceso administrativos, este último más conocido con el nombre impropio, pero bastante divulgado de « contencioso administrativo » ²⁵.

A este respecto podemos afirmar que existe una amplia gama de medios procesales para proteger los derechos de los particulares frente a los actos de la Administración, instrumentos que cada vez

²² Cfr. lo que al respecto expresan sobre los derechos de libertad o « libertades constitucionales » los tratadistas Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, tomo III Buenos Aires, 1956, esp. pp. 208 y ss; Carlos Sánchez Viamonte, *La libertad y sus problemas*, Buenos Aires 1961, pp. 136 y ss.

²³ Cfr. Karl August Bettermann, *Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit* (la protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria), en el volumen « Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte », tomo II, vol. 2, Berlin 1959, pp. 779 y ss.; Eduardo J. Couture, *Las garantías constitucionales en el proceso civil*, en « Estudio de derecho procesal en honor de Hugo Alsina » Buenos Aires, 1946, pp. 169 y ss.

²⁴ Una exposición muy clara de este sistema « incidental » se puede consultar en el estudio de Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix Zamudio, México 1966, pp. 53 y ss.

²⁵ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso administrativo*, en « Revista de la Facultad de Derecho de México » N.º 51, julio-septiembre de 1963, p. 625, considera que debe hablarse de proceso administrativo y relegarse al montón del olvido la denominación de recurso contencioso-administrativo, que cumplió hace tiempo su jornada.

adquieren mayor importancia debido a la creciente y absorbente intervención de las autoridades gubernativas en las relaciones económicas y sociales de los gobernados, según se puso de relieve en los debates y conclusiones del importante « Seminario sobre los recursos judiciales o de otra índole contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder administrativo », realizado en Buenos Aires bajo los auspicios de las Naciones Unidas del 31 de agosto al 11 de septiembre de 1959 ²⁶.

Sin embargo, sin desconocer la enorme trascendencia del proceso administrativo para la tutela de la esfera jurídica de los particulares frente a una Administración cada vez más poderosa, tenemos la íntima convicción, contra las opiniones muy respetables como la de Alberto Ramón Real ²⁷, y la implícita de J.D. Moscote ²⁸, de que no puede considerarse como un instrumento específico de la tutela de los derechos fundamentales, aún cuando eventualmente pueda protegerlos, ya que el « contencioso administrativo » está estructurado para funcionar como un control de la legalidad y no de la constitucionalidad y, por tanto, su función esencial es la defensa de los derechos e intereses legítimos de los gobernados derivados de las leyes ordinarias, pero no de los derechos subjetivos públicos constitucionales.

En consecuencia, debemos centrar nuestra atención en los medios tutelares del primer grupo mencionado, que han demostrado su eficacia para tutelar rápida y seguramente la libertad humana (entendida en sentido amplio), pues como se ha sostenido repetidamente que tratándose de las normas procesales, éstas deben adecuarse a su objeto, de la misma manera como « el espíritu se adapta al cuerpo », según una feliz expresión del procesalista alemán Adolfo Wach ²⁹.

²⁶ Una de las resoluciones más importantes de dicho Seminario establece: a) Condenar toda clase de Gobierno que vulnere los derechos inmanentes de la personalidad humana y los fueros de la conciencia que debe ser inviolable; b) Recomendar, por lo mismo, el fortalecimiento del Estado de Derecho, estructurado sobre la base de la más genuina democracia, único modo de que el poder público se halle sometido al principio de la *legalidad*, para activar así toda clase de abuso de poder, lo cual presupone la efectiva responsabilidad de los funcionarios de la administración y del estado en los casos en que proceda », *Actas correspondientes*, New York, 1960 p. 16.

²⁷ *La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo* en: « Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XIV N.º 1, Montevideo enero-marzo de 1963, esp. pp. 139 y ss.

²⁸ Quien sitúa la jurisdicción de lo « contencioso-administrativo » dentro de las instituciones de « garantía » se entiende, « constitucional », *Derecho constitucional Panameño*, cit., pp. 472 y ss.

²⁹ Citado por Piero Calamandrei, *Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio* en « Estudios sobre el proceso civil » trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires 1961, p. 235.

Por tanto, si bien es verdad que el derecho procesal es unitario y debe contemplarse como un todo, es preciso tomar en consideración que la diversa naturaleza de los derechos sustantivos a los que sirve de instrumento ha determinado la existencia de principios formativos³⁰ peculiares para cada una de las ramas que integran lo que podríamos llamar « la gran federación procesal ».

Entonces, si hablamos de una « jurisdicción constitucional de la libertad », también puede considerarse la posibilidad, al menos para efectos de su estudio, de un *proceso libertario*, conformado por los instrumentos procesales que se adapten al espíritu de los derechos fundamentales de la persona humana, que constituyen su objeto, proceso que debe reunir todos los elementos de flexibilidad, rapidez y concentración indispensables para lograr una protección efectiva de la esfera jurídica de la libertad humana.

En nuestra opinión, y con independencia de utilizar eventualmente los restantes instrumentos procesales, sólo deben considerarse como medios adecuados a la tutela de los derechos del hombre, los que habíamos mencionado como integrando el primer grupo, es decir el *habeas corpus*, el amparo, el mandamiento de seguridad y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes que contradigan los propios derechos, según trataremos de demostrar en este sencillo trabajo.

3. Habeas corpus

Aquí nos encontramos ya, a nuestro modo de ver, con uno de los instrumentos específicos y además, tradicionales, para la protección directa de los derechos fundamentales de la persona humana, al menos en el sector de la libertad física de carácter individual, y por tanto, con uno de los aspectos que forman parte de la jurisdicción constitucional de la libertad en sentido estricto.

No nos vamos a referir al precedente tan conocido que sirve de apoyo a los constituyentes latinoamericanos para establecer este instrumento de protección de la libertad individual, es decir, fundamentalmente el *Habeas Corpus Act* de 1679³¹, pudiendo

³⁰ Sobre el concepto de principios formativos, cfr. el clásico estudio de Roberto Wyness Millar, *Los principios formativos del procedimiento civil* trad. de Catila Grossman, Buenos Aires, pp. 37 y ss; y la no menos conocida exposición de Eduardo J. Couture, en: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires 1958, pp. 181 y ss.

³¹ En México pretendió adoptarse expresamente esta institución británica en la base 31.^a de los Elementos Constitucionales redactados por Ignacio Lopez Rayón hacia el año de 1811, de la siguiente manera: « Cada uno se respetará en su casa como en un asilo sagrado, y se administrará con las ampliaciones y restricciones que ofrezcan las circunstancias la célebre *Ley Corpus habeas de la Inglaterra* ». Cfr. Felipe Tena Ramírez, *Leyes Constitucionales de México (1808-1964)*, 2.^a Ed. México 1964, p. 26.

afirmarse que es una institución adoptada expresa o implícitamente en casi todos, por no decir la totalidad, de los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica ³².

A través de un repaso rapidísimo de los textos constitucionales, encontramos el *habeas corpus* en Argentina, si bien el texto primitivo y ahora vigente de su constitución nacional no se encuentra expresamente consagrado, aún cuando se introdujo en la reforma de 1949 (artículo 29), derogado por el Gobierno emanado de la revolución de 1955; sin embargo, se considera como una garantía implícita, y se encuentra, además, regulado en una gran parte de las Constituciones provinciales ³³.

Encontramos expresamente consagrado el *habeas corpus* en las Leyes Fundamentales en vigor de los siguientes países latinoamericanos: Bolivia (artículo 18); Brasil (artículo 150, parágrafo 20); Chile (artículo 16); Costa Rica (artículo 48); Cuba (artículo 29, de su texto reformado en 1959); Ecuador (artículo 28, fracción 18, inciso h); El Salvador (artículo 164); Guatemala (artículo 79); Honduras (artículo 58, fracción 2.^a); Nicaragua (artículo 41); Panamá (artículo 24); Paraguay (artículo 78); Perú (artículo 69); Puerto Rico (artículo 13); República Dominicana (artículo 8^o, inciso g); Uruguay (artículo 17); y Venezuela (disposición transitoria quinta) ³⁴.

En cuanto a México, no figura la garantía de la libertad personal con el nombre tradicional angloamericano de *habeas corpus* debido a que se encuentra subsumido dentro del juicio de amparo, que comprende también la protección de la libertad individual contra detenciones arbitrarias y, en consecuencia, debemos considerarla comprendida dentro de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, que regulan el propio juicio de amparo.

³² Cfr. Los datos que consigna el tratadista estadounidense Phanor J. Eder sobre la introducción expresa del *habeas corpus*, en los textos constitucionales latinoamericanos, *Habeas Corpus disembodied, The Latin-American Experience* en el volumen «XXth. Century Essays in honor of Hessel E. Yntema», Leyden, 1961 p. 473; también en Carlos Sánchez Viamonte *El habeas corpus, garantía de libertad*, 2.^a Ed., Buenos Aires 1956, pp. 85 y ss.

³³ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional* cit., tomo V, Buenos Aires 1956, p. 359.

³⁴ La constitución vigente de la República de Haití de 1964 no es muy precisa en cuanto a la protección de la libertad personal contra detenciones arbitrarias y el artículo 17 fija reglas para la detención que son bastante amplias, pero sin establecer claramente un medio de tutela similar a la exhibición personal, sino que más bien, de acuerdo con la tradición francesa, parece seguir el principio de la responsabilidad penal y civil del funcionario que infrinja las reglas que deben seguirse para la detención de las personas pues la parte final de dicho precepto establece: «Todas las violaciones a esta disposición son actos arbitrarios contra los cuales las partes lesionadas pueden sin autorización, apelar a los tribunales sea a los autores, sea a los ejecutantes, cualesquiera que sean las cualidades o cuerpo al cual pertenezcan.»

La inclusión de la exhibición personal, o *habeas corpus* dentro del amparo mexicano, la descubrimos con toda claridad de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley Reglamentaria del citado Juicio de Amparo, que señala reglas muy liberales para la interposición de este instrumento procesal cuando funciona como medio protector de la libertad personal; estableciendo claramente que el juez del amparo debe dictar todas las medidas necesarias para lograr la *comparecencia* del agraviado, cuando estuviese impedido para solicitar personalmente la garantía, que puede pedir cualquier otra persona en su nombre³⁵.

Por otra parte, si bien el artículo 16 de la Constitución chilena no utiliza expresamente ninguna de tales denominaciones, tanto la doctrina como la jurisprudencia han consagrado la denominación de « recurso de amparo », para designar la garantía de la libertad individual, utilizada contra prisiones arbitrarias e irregulares, y que ha sido reglamentada por los artículos 306 a 317 del Código de Procedimiento Penal de 12 de junio de 1906, reformado el 30 de agosto de 1934; así como por el auto acordado de la Corte Suprema de 19 de diciembre de 1932, sobre tramitación y fallo del « recurso de amparo »³⁶.

Varios códigos procesales penales de las provincias argentinas y particularmente en el de la Capital Federal y territorios nacionales, artículo 617, 640 y 645, se refieren al *habeas corpus* con la calificación de « recurso de amparo de la libertad »³⁷; y en forma similar, la citada disposición transitoria quinta de la Constitución venezolana vigente regula provisionalmente el « amparo de la

³⁵ El citado precepto dispone: « Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, *ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación o destierro*, o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal (prohibición de penas infamantes y trascendentales, limitación de la pena de muerte, etc.) y el *agraviado se encuentra imposibilitado para promover el amparo*, podrá hacerlo cualquier otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad o mujer casada. En este caso, *el juez dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado*, y habido que sea, ordenará se le requiera para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo; si el interesado la ratifica, se tramitará el juicio; si no la ratifica, se tendrá por no presentada la demanda, quedando sin efecto las providencias que se hubiesen dictado. » A este sector del amparo lo hemos calificado por sus similitudes con el *habeas corpus*, como amparo-libertad. Cfr. Héctor Fix Zamudio, *El juicio de amparo*, México 1964, pp. 243 y ss.

³⁶ El constitucionalista chileno Carlos Estévez Gasmuri, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, 1949, pp. 143 y 144, se refiere a la institución calificándola de « amparo » o *habeas corpus*; cfr. también Elena Caffarena de Giles, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago 1957, esp. pp. 152 y 187.

³⁷ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Ricardo Levene, hijo, *Derecho procesal penal*, tomo III, Buenos Aires 1945, pp. 394 y ss. Carlos Sánchez Viamonte, *El habeas corpus*, cit., pp. 157 y ss.

libertad personal» como garantía contra detenciones arbitrarias o ilegales, por lo que no es otra cosa que el *habeas corpus*, según lo ha entendido la doctrina³⁸, e inclusive el Ministerio de Justicia ha elaborado un ensayo de reglamentación denominado « Proyecto de Ley de *Habeas Corpus* »³⁹.

Una rápida revista a los lineamientos generales del *habeas corpus*, exhibición personal, o amparo de la libertad personal, en los diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, nos lleva al convencimiento de que posee como características comunes las de constituir una garantía específica para proteger el derecho constitucional de la libertad individual establecido en las Constituciones de los propios países hermanos del Continente, y se utiliza esencialmente para impugnar las detenciones arbitrarias o ilegales, en particular respecto a las practicadas por las autoridades administrativas, que desafortunadamente y con demasiada frecuencia infringen la previsión común de todas estas Leyes Fundamentales, que exigen un mandato judicial, salvo en las situaciones de emergencia, para la detención de los gobernados; el procedimiento siempre debe ser rápido y preferente a cualquier otro de carácter común; el juez debe procurar la inmediata comparecencia del detenido para examinar los motivos de la privación de la libertad; el procedimiento puede ser intentado por cualquier persona a nombre del afectado; la resolución de libertad debe ser rápidamente obedecida, y los infractores deben ser castigados con penas muy severas.

Claro es que existen variaciones de detalle, pues en algunas legislaciones, el *habeas corpus*, como ocurre con la tradicional institución inglesa, procede no sólo contra detenciones indebidas provenientes de autoridades, sino también realizadas por particulares, como ocurre con lo dispuesto por los artículos 1.º, inciso 4); 32 y siguientes, de la Ley de Amparo de Nicaragua, de noviembre de 1950, que regula también el *habeas corpus*⁴⁰, y una regla similar ha sido establecida en El Salvador, de acuerdo con el Título IV, relativo al *habeas corpus*, de la Ley de Procedimientos Constitucionales, número 2.996, de 14 de enero de 1960⁴¹.

³⁸ Cfr. entre otros a José A. de Miguel, *Amparo y habeas corpus en la Constitución de 1961* en « Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal » N.º 130, Caracas, julio-diciembre de 1965, pp. 29 y ss.

³⁹ Caracas 1965.

⁴⁰ El primero de los citados preceptos determina: « La presente ley establece los medios legales de ejercer el derecho de amparo (*comprendido el habeas corpus*) a fin de mantener y restablecer la supremacía de la Constitución política y leyes constitucionales, conforme a ella se resolverá toda cuestión que se suscite... 4) Por actos restrictivos de la libertad personal de cualquier habitante de la República realizados por particulares... »

⁴¹ El artículo 38 de dicho ordenamiento preceptúa: « Siempre que la Ley no prevea especialmente lo contrario, todos tienen derecho a disponer de su persona,

En ocasiones se ha extralimitado el concepto de *habeas corpus*, y en ausencia de otro medio protector de los derechos fundamentales se ha pretendido extenderlo a la tutela de otros derechos del hombre diversos de la libertad personal; y el ejemplo más evidente es el que nos proporciona la llamada « doctrina brasileña del *habeas corpus* », que debido a la influencia del ilustre Rui Barbosa, sostuvo, en ocasiones con éxito, que este instrumento tutelar, tal como estaba regulado por el texto primitivo del artículo 72, inciso 22, de la Constitución de febrero de 1881 (antes de la reforma de 1926), era apto para proteger otros derechos fundamentales relacionados directa o indirectamente con la propia libertad individual⁴², criterio que se señala como un antecedente del mandato o mandamiento de seguridad, que examinaremos más adelante.

Esta interpretación extensiva del *habeas corpus* influyó notoriamente en la doctrina y la jurisprudencia de Argentina⁴³, y de Bolivia⁴⁴ con anterioridad a la consagración del derecho de amparo; y además ha obtenido consagración legislativa en algunas Constituciones provinciales argentinas⁴⁵, y particularmente en el artículo 69 de la Ley Fundamental vigente en la República del Perú, precepto que determina: « Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución dan lugar a la acción de *habeas corpus* », en la inteligencia de que esta disposición no se ha aplicado en la práctica con la amplitud que fija el texto constitucional⁴⁶.

sin sujeción a otro. Cuando este derecho ha sido lesionado deteniéndose a una persona contra su voluntad dentro de ciertos límites, ya sea por amenazas, por temor de daño, apremio u otros obstáculos materiales, debe entenderse que la persona está reducida a prisión y en custodia de la autoridad o del *particular* que ejerce tal detención. Una persona tiene bajo su custodia a otra, cuando, aunque no la confine dentro de ciertos límites territoriales por fuerza o amenaza, dirige sus movimientos y la obliga contra su voluntad a ir o permanecer donde aquélla disponga ».

⁴² Cfr. entre otros Arnold Wald, *El mandato de seguridad (historia y naturaleza)*, trad. de Javier Elola, en « Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México » N.º 24, septiembre-diciembre de 1955 pp. 35-45; Id., *O mandado de segurança, na prática judiciária*, Rio, 1958, pp. 25 y ss., Themistócles B. Cavalcanti, *Do mandado de segurança*, 4.ª Ed., Rio-Sao Paulo, 1957, pp. 50 y ss.

⁴³ Cfr. José Faustino D'Hers, *Visión integral del amparo en el habeas corpus de Sanchez Viamonte*, en « La Ley », Buenos Aires, 7 de abril de 1966, pp. 1-6.

⁴⁴ Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Lecciones de derecho procesal penal*, vol. II, Sucre, 1961 pp. 323 y ss.; Id. *Recurso de amparo*, La Paz, 1967 pp. 27 y ss.

⁴⁵ Los artículos 16 de la Constitución de la Provincia del Chaco, de 7 de diciembre de 1957 y 44 de la Constitución de la Provincia del Neuquén de 28 de los mismos mes y año, regulan la « acción de *habeas corpus* » como instrumento tutelar de todos los derechos del hombre consagrados constitucionalmente, con exclusión de los de carácter patrimonial.

⁴⁶ Cfr. José Pareja Díaz Soldán, *Las Constituciones del Perú*, Madrid, 1954, pp. 473 y ss.

4. Mandamiento de seguridad

Habiendo fracasado el intento de la doctrina y jurisprudencia brasileñas para otorgar al *habeas corpus* una amplitud suficiente para tutelar todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, según se ha visto, pues inclusive se modificó la Constitución de 1891 en el año de 1926 para restringir dicha institución a sus límites tradicionales, se hizo necesaria la creación de otro instrumento de protección procesal de tales derechos, y éste ha sido el mandato o mandamiento de seguridad, introducido en el artículo 113, parágrafo 33, de la Constitución de 1934, y que a partir de entonces ha tenido un desarrollo verdaderamente extraordinario, que pudiéramos calificar de meteórico⁴⁷.

Aún cuando la doctrina y la jurisprudencia se refieren, como es lógico, a la institución tal como estaba regulada por el artículo 141, parágrafo 24, de la Constitución anterior de 1946, sus conclusiones resultan aplicables al régimen constitucional actual, ya que la Ley Suprema de 1967, en su artículo 150, parágrafo 21, reproduce el texto anterior de la siguiente manera:

« Para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por *habeas corpus*, se concederá mandamiento e seguridad, sea cual fuere la autoridad responsable por ilegalidad o abuso de poder »⁴⁸.

El mandamiento de seguridad se encuentra reglamentado esencialmente por la Ley número 1.533 de 31 de diciembre de 1951, que vino a alterar las discusiones del Código de Procedimiento Civil de 1939 relativas a la propia institución; pero también deben tomarse en cuenta, hasta donde nuestra información nos lo permite, lo dispuesto por las Leyes números 2.770, de 4 de mayo de 1956, y 4.348, de 26 de junio de 1964⁴⁹.

⁴⁷ No existe consenso para la equivalencia castellana de la denominación « mandado de segurança », pues en tanto que Manuel Fraga Iribarne al traducir el texto de la Constitución brasileña de 1946 en el volumen de T. B. Cavalcanti, *Las Constituciones del Brasil*, cit., pp. 685 y 686 habla de « mandamiento de amparo », la doctrina mexicana, incluyendo el autor de esta nota ha utilizado el término « mandato de seguridad », como se observa en la traducción de Javier Elola al estudio de Arnold Wald mencionado en la nota 42; y en el volumen *Tres estudios sobre el mandato de seguridad*, México 1963, redactado por Héctor Fix Zamudio, Alejandro Ríos Espinoza y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; pero recientemente el propio Ríos Espinoza, en un magnífico trabajo que recoge sus experiencias en el Brasil, lo califica de *mandamiento de seguridad* en « Revista de la Facultad de Derecho de México », N.º 53, pp. 77-182; por lo que rectificando nuestra postura anterior, nos adherimos a esta última denominación ».

⁴⁸ Utilizando la traducción de Ríos Espinoza, *Mandamiento de seguridad*, cit. pp. 112.

⁴⁹ Cfr. J. M. Othon Sidou, *Lei 1, 533 de 31 dezembro de 1951, que disciplina o mandado de segurança, com as alterações em vigor* en « Boletim Instituto dos Advogados de Pará » Belem, Brasil, diciembre de 1967, pp. 33-35.

Debe tomarse en consideración que el mandamiento de seguridad opera fundamentalmente contra actos y resoluciones de autoridades administrativas, o de actos administrativos de las restantes autoridades, pues de acuerdo con la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, dicha institución puede utilizarse sólo de manera excepcional contra las disposiciones legislativas o respecto de las resoluciones judiciales.

En efecto, la corriente mayoritaria estima que no es admisible la institución contra la Ley en abstracto, sino exclusivamente respecto de los actos de aplicación de la misma, particularmente por las autoridades gubernativas, ya que este criterio imperante afirma que no se puede enjuiciar a los órganos legislativos cuando actúan como creadores de disposiciones legales, sino exclusivamente en sus funciones de carácter estrictamente administrativo⁵⁰.

Sin embargo, existe la tendencia de atemperar la rigidez del principio anterior, y en los nuevos proyectos de Ley reglamentaria formulados bajo los auspicios del Instituto dos Advogados Brasileiros⁵¹ y por el Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil⁵² se propone que, por excepción, se puedan impugnar las leyes en abstracto cuando se demuestre que de sus efectos futuros puede resultar daño de difícil o incierta reparación.

En cuanto a las resoluciones judiciales, existe una división en la doctrina brasileña, pues en tanto un sector considera que no debe admitirse en ningún caso, hay un criterio intermedio que afirma que sólo resulta procedente en casos excepcionales, y un tercer punto de vista pretende una mayor liberalidad en esta materia, según se desprende de la excelente comunicación presentada por J. J. Calmón de Passos al Congreso Nacional y Terceras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, efectuadas en São Paulo en septiembre de 1962, y quien se afilia a la tercera postura mencionada⁵³.

⁵⁰ Así en la doctrina, Cfr. José Castro Nunes, *Do mandado de segurança* 6.^a Ed. Rio-Sao Paulo, 1961 pp. 117 y ss.; Cavalcanti *Do mandado de segurança*, cit. pp. 136 y ss. Alfredo Buzaid, *Juicio de amparo o mandado de segurança (contraste e confrontos)* publicada en las « Actas del primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal » México 1960, p. 145; la jurisprudencia dominante, en especial la del Supremo Tribunal Federal, tiene la misma orientación, Cfr. Tito Galvão Filho, *Diccionario de jurisprudencia no mandado de segurança*, Curitiba, Paraná 1960, pp. 156 y ss.

⁵¹ *Ante-Projeto de Ley do Mandado de Segurança*, introducción de Otto Gil, ponencia de Celestino Sá Freire Basilio, Rio 1960, y el otro redactado por J. M. Othon Sidou, *Projeto de reforma da Lei 1, 533 de 1951 sobre o mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, 1960 pp. 156 y ss.

⁵² *A reformulação do Instituto do Mandado de Segurança*, en « Revista da Orden dos Advogados » Sao Paulo, vol. 28. N.º 167, esp. p. 102.

⁵³ *Do mandado de segurança contra atos judiciais*, en el volumen « Estudos sobre o mandado de segurança », Rio de Janeiro, 1963 pp. 51-108.

De acuerdo con lo establecido por las disposiciones constitucionales y de los términos de los artículos 1.º y 5.º, fracción 2.ª, de la Ley Reglamentaria número 1.533⁵⁴, la jurisprudencia ha llegado a admitir la procedencia del mandamiento de seguridad contra resoluciones judiciales en casos verdaderamente excepcionales, o sea, cuando no exista contra la resolución respectiva un recurso eficaz con efecto suspensivo por virtud del cual puedan evitarse perjuicios de difícil o imposible reparación, ya que se tiene el temor de que pueda convertirse en un recurso procesal ordinario⁵⁵.

Por otra parte, y es la función que nos interesa más particularmente, el mandamiento de seguridad opera muy eficazmente como una garantía procesal de los derechos fundamentales de los gobernados frente a los actos y resoluciones de carácter administrativo, pues si bien es verdad que una interpretación literal de los artículos 141, parágrafo 24, de la Constitución de 1946, y 150, parágrafo 21, de la Carta Fundamental de 1967, nos llevaría a la conclusión de que sólo protege a los particulares contra la ilegalidad y el abuso de poder, sin referirse a los actos inconstitucionales, sin embargo, debe admitirse, como lo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia, que esta protección de los derechos constitucionales se encuentra implícita, pues la interpretación lógico-sistemática que se le ha dado a dichos preceptos es en el sentido de que la institución tutela todos los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, con excepción de la libertad personal, protegida por el *habeas corpus*⁵⁶.

Además, debe tomarse en cuenta una disposición muy importante de los dos textos constitucionales mencionados, es decir, los artículos 141, parágrafo 4.º, de la Carta de 1946, y 150, también parágrafo 4.º de la Ley Suprema de 1967, en el sentido de que: « la ley no podrá excluir del conocimiento del poder judicial cualquier lesión de un derecho individual », que relacionada con los preceptos anteriores, nos permite establecer la amplitud protectora del mandamiento de seguridad y explica el éxito que ha alcanzado en la práctica.

En este sentido, el mandamiento de seguridad debe considerarse como una *garantía constitucional*, según lo han afirmado expresa-

⁵⁴ Este último precepto dispone que el mandamiento de seguridad es inadmisibile contra resoluciones judiciales cuando contra ellas proceda un recurso previsto en las leyes procesales y por virtud del cual puedan ser modificadas.

⁵⁵ Cfr. Guilherme Estelita, *Mandado de segurança contra ato jurisdiccional*, en « Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile », Padova, 1953, p. 2237 y ss.; Casa Rui Barbosa, *O mandado de segurança e sua jurisprudencia*, tomo I, Rio, 1961, p. 278; Tito Galvao Filho, *Diccionario de jurisprudencia no mandado de segurança*, cit., pp. 28 y ss., Alfredo Buzaid, *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., p. 145.

⁵⁶ Cfr. Arnold Wald, *Do mandado de segurança* cit., p. 160; Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, cit. pp. 168 y ss.

mente los tratadistas José Castro Nunes⁵⁷ y Alfredo Buzaid⁵⁸, así como algunos fallos de los Tribunales brasileños⁵⁹, y es debido a esta característica que la Constitución brasileña lo consagra en el capítulo relativo a los derechos de la persona humana, como uno de los medios (el otro es el *habeas corpus*) destinados a la protección jurisdiccional de los citados derechos esenciales del hombre, establecidos por la propia Constitución, de manera que puede calificarse de *proceso constitucional*, no sólo porque sus lineamientos están establecidos en la Ley Suprema, sino esencialmente porque su finalidad principal consiste en la tutela de derechos de naturaleza constitucional.

Si examinamos la reglamentación legal del procedimiento del mandamiento de seguridad, observamos que en términos generales y salvo algunas disposiciones que pueden perfeccionarse, dicho procedimiento está orientado por principios formativos de oficialidad, concentración, sumariedad, amplias facultades del juez para otorgar providencias precautorias⁶⁰ y algo muy importante: igualdad procesal de las partes y no predominio de la autoridad sobre los particulares, etc., por lo que, en principio, está estructurado preferentemente como un medio tutelar de los derechos del hombre sobre la función del control de la legalidad de los actos administrativos, y esta orientación explica la disposición del artículo 17 de la Ley Reglamentaria número 1533 de 1951, en el sentido de que: «los procesos del mandamiento de seguridad tendrán prioridad sobre todos los actos judiciales, salvo el *habeas corpus*...», lo que no tendría sentido si solamente se cuestionaran violaciones legales de carácter secundario.

Coincidimos con el tratadista brasileño J. M. Othon Sidou en cuanto sostiene que el mandamiento de seguridad fue moldeado desde su origen a través de una vía rápida, que es suya en forma inmanente en atención al derecho que tutela, que es el derecho a las «garantías individuales», o sea, el mínimo denominador de la coexistencia del hombre en una sociedad determinada⁶¹.

⁵⁷ *Do mandado de segurança*, cit. p. 28.

⁵⁸ *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit. p. 147.

⁵⁹ Cfr. Tito Galvao Filho, *Diccionario de Jurisprudencia no mandado de segurança*, cit., pp. 170-174.

⁶⁰ Precisamente por el carácter híbrido del mandamiento, que comprende la protección constitucional y legal se han establecido en el artículo 20 de la Ley de 26 de junio de 1964, la perención o caducidad de las llamadas medidas liminares, es decir providencias precautorias de suspensión de los actos reclamados, tanto de oficio como a requerimiento del Ministerio Público, cuando el promovente deja de actuar por más de tres días en los actos y diligencias en que tenga que intervenir o abandone la causa por más de veinte; caducidad que se justifica en el control de la legalidad, pero no tratándose de la tutela de normas constitucionales.

⁶¹ *Para proteger direito liquido e certo*, en «Revista de direito processual civil», año I, vol. 2, Sao Paulo, julio-diciembre de 1960, p. 94.

5. Acción o recurso de inconstitucionalidad

Aún cuando este instrumento tutelar rebasa la protección de los derechos del hombre, ya que también se dirige a la garantía procesal de los preceptos constitucionales que regulan el funcionamiento de los órganos del poder, es preciso advertir que el legislador, como cualquier otra autoridad, está obligado a respetar en las disposiciones legales que expida, las normas constitucionales en las cuales se han establecido los derechos fundamentales de la persona humana, y para lograr que se imponga este respeto, se ha establecido un conjunto de instrumentos que se agrupan bajo el nombre de « acción » o « recurso » de inconstitucionalidad.

Al efecto debe hacerse notar que una gran mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se han afiliado al que se ha denominado « sistema americano » de control de la constitucionalidad de la leyes, que en principio consiste en confiar al organismo judicial, ya sea en su totalidad, a un sector del mismo o sólo al Tribunal más elevado, el conocimiento de las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes, a diferencia del que se ha calificado como « sistema austríaco » o « europeo », que confía a un Tribunal especial, diverso del organismo judicial ordinario, la competencia exclusiva para decidir sobre la propia constitucionalidad de las leyes ⁶².

El tratadista estadounidense J. A. C. Grant ha expresado que la atribución a los Tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por el organismo legislativo ordinario, constituye una contribución de las Américas a la ciencia política ⁶³, debiendo entenderse esta afirmación no en el sentido de que fue una creación espontánea y original del derecho americano, sino que constituye la culminación de varios siglos de historia en los cuales se lucha denodadamente para lograr la vigencia del principio de la supremacía de la Constitución ⁶⁴.

⁶² La diferenciación entre los dos sistemas está claramente expuesta en la excelente monografía de Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., esp. pp. 34 y ss.; Héctor Fix Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)* México 1968, pp. 15-18.

⁶³ *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, 1963, p. 24.

⁶⁴ En este sentido son significativas las frases de Cappelletti en cuanto afirma que la valiente y firme aseveración del ilustre John Marshall en el sentido de que debía considerarse nula y sin ningún valor toda disposición contraria a la Constitución, no fue el resultado de un gesto de improvisación, sino un acto madurado a través de siglos de Historia no solamente americana, sino universal, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., p. 33.

El sistema «americano» se ha condensado en los Estados Unidos con el nombre de «revisión judicial» (*judicial review*) y, como es bien sabido, surgió en forma muy imprecisa en el texto de la Constitución de 1787 (artículo 3.º, sección 2.ª, primer párrafo)⁶⁵, siendo divulgado en Latinoamérica fundamentalmente a través del inmortal libro de Alexis de Tocqueville *La democracia en América*, cuya traducción al castellano por Sánchez de Bustamante, publicada en París en 1837⁶⁶ fue conocida en toda la América Latina, y esto explica la introducción del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en una gran parte de las Constituciones latinoamericanas de la segunda mitad del siglo XIX, debiendo hacerse notar que fue el jurista y político mexicano Manuel Crescencio Rejón, uno de los creadores del amparo, el primero que introdujo la revisión judicial, precisamente a través del propio amparo, en el proyecto que sirvió de base a la Constitución para el Estado de Yucatán promulgada el 16 de mayo de 1841 (artículo 62, fracción 1.ª), revisión judicial precisamente dirigida a la protección de los derechos fundamentales⁶⁷.

Sin embargo, sin abandonar los lineamientos generales de la institución, la gran mayoría de los países latinoamericanos que la consagran han adoptado una gran variedad de matices, pues varían desde el régimen argentino, que es el que más se aproxima, y eso

⁶⁵ La intención de la Convención de Filadelfia al aprobar este precepto se observa en las clásicas explicaciones de Alejandro Hamilton, en *El Federalista* respecto a la facultad del departamento judicial para conocer los problemas de la constitucionalidad de las leyes, pero de una manera poco precisa en cuanto a sus alcances, cfr. la traducción de Gustavo R. Velasco, México 1957, pp. 330 y ss., debiendo tomarse en consideración que la citada obra fue conocida por los publicistas latinoamericanos en los primeros años del siglo XIX, pues como afirma el tratadista argentino Enrique de Gandía se sabe que se tradujo esta obra al español y que fue publicada en Caracas en el año de 1826, *Historia de las ideas políticas en Argentina*, tomo I, Buenos Aires, 1960, pp. 249-250; y el jurisconsulto mexicano Jesús Reyes Heróles sostiene que se publicaron fragmentos de la propia obra en varios periódicos de la ciudad de México durante los años 1827 a 1829, *El liberalismo mexicano*, tomo III, México 1961 pp. 343 y ss.

⁶⁶ Especialmente en su capítulo VI intitulado «El poder judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política» pues estas páginas de Tocqueville constituyen el evangelio político de los creadores del amparo mexicano; Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero y los constituyentes de 1856-1857, especialmente Ponciano Arriaga, Nelchor Ocampo y José María Mata, cfr. entre otros el estudio preliminar intitulado *Alexis de Tocqueville y la teoría del Estado democrático*, redactado por Enrique González Pedrero a la traducción española de Luis R. Cuéllar a la inmortal obra de Tocqueville, México, 1957 pp. XXVI y XXVII.

⁶⁷ Dicho precepto establecía: «Corresponde a este Tribunal reunido (Corte Suprema de Justicia del Estado): 1º *Amparar* en el goce de sus derechos a los que pidan su protección contra leyes y decretos de la legislatura que sean contrarios al texto literal de la Constitución...» Suprema Corte de Justicia *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, cit. pp. 111-112.

relativamente, al paradigma de los Estados Unidos⁶⁸, hasta la novísima Corte de la Constitucionalidad, introducida en la Constitución guatemalteca de 1965, que al lado del amparo contra leyes inconstitucionales, de tipo tradicional, introdujo un « recurso de inconstitucionalidad », que se hace valer ante dicha Corte, con muchas de las características del sistema « austríaco ».

Como una brevísima descripción de estos matices a la revisión judicial, debemos mencionar la *acción popular de inconstitucionalidad* que han establecido los ordenamientos constitucionales de Venezuela (Constitución de 1961, artículo 215, ordinales 3.º y 4.º; Colombia (Constitución de 1886, en su reforma de 1910, artículo 214 del vigente texto constitucional, reglamentado por la Ley 96 de 1936); El Salvador (Constitución vigente de 1962, artículo 96, reglamentado por la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960, artículos 6.º al 11); Panamá (artículo 167 de la Carta Fundamental vigente de 1.º de enero de 1946, reglamentada por la Ley sobre Recursos Constitucionales y de Garantía, de 24 de octubre de 1956); Cuba (artículos 160, 161 y 172 de la Constitución de 1940, reformada en 1959, reglamentados por la Ley número 7, de 31 de mayo de 1949); y provincia argentina del Chaco (artículo 9.º de su Carta Fundamental de 7 de diciembre de 1957).

De acuerdo con lo dispuesto por las disposiciones fundamentales mencionadas, cualquier ciudadano, aún cuando no resulte afectado, puede acudir ante el Tribunal Supremo de cada uno de los citados países (o el tribunal superior de la provincia en el último caso mencionado), para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales que se consideran contrarios a la Ley Suprema, en la integridad de que esa declaración, si se considera procedente, asume efectos generales o *erga omnes*.

Un segundo sector está integrado por aquellos países que, influenciados por el derecho mexicano, han establecido la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes a través del recurso o juicio de amparo, y que de considerarse fundada, se traduce únicamente en la desaplicación de las disposiciones legales combatidas exclusivamente en el caso concreto en el cual surgió la propia impugnación.

En este sentido podemos citar el artículo 58, fracción I, de la Constitución de la República de Honduras de 3 de junio de 1965, reglamentado por la Ley Constitucional de Amparo de 14 de abril de 1936; el artículo 229, inciso 11, de la Carta Fundamental de la República de Nicaragua de 6 de noviembre de 1950, desarrollado por la Ley constitucional de Amparo de la misma fecha; y el artículo

⁶⁸ Cfr. entre muchos otros, Alejandro E. Ghigliani, *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1962.

80, fracción 2.^a de la Constitución de la República de Guatemala de septiembre de 1965, así como la parte relativa de la Ley Constitucional de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad de 28 de abril de 1966.

También podemos mencionar el llamado «recurso extraordinario» que los artículos 100 y 114, fracción 3.^a, respectivamente, de las Cartas Fundamentales de Argentina y Brasil, han consagrado con el objeto de llevar a la Corte Suprema y Tribunal Supremo Federal, también respectivamente, las cuestiones de inconstitucionalidad de la ley aplicable a una controversia concreta y que las partes en la misma pueden invocar para que se decida, con efectos particulares, si la disposición impugnada es o no contraria a la Ley Suprema ⁶⁹.

Unas cuantas palabras respecto del novedoso (para el derecho americano) «recurso de inconstitucionalidad», según el modelo «austríaco», que introdujo la Constitución de Guatemala de septiembre de 1965, artículos 264 y siguientes, y que reglamentan los artículos 105 y siguientes de la citada Ley Constitucional de Amparo, *Habeas Corpus* y de Inconstitucionalidad de 26 de abril de 1966.

La innovación del derecho guatemalteco consiste en que dicho recurso (en realidad, acción) de inconstitucionalidad se debe interponer ante un tribunal especial inspirado, aunque con modalidades propias, en los tribunales constitucionales europeos, ya que no es un organismo judicial ordinario, sino que se integra exclusivamente para conocer de estas cuestiones de constitucionalidad.

Dicho tribunal recibe el nombre de «Corte de Constitucionalidad» y se forma con doce miembros, de los cuales cinco son el presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por la misma, y los demás, por sorteo global que practica la misma Corte entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo, en el concepto de que la presidencia corresponde al presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Están legitimados para interponer dicho recurso el Consejo de Estado, el Colegio de Abogados por decisión de la Asamblea General; el Ministerio Público, por disposición del Presidente de la República tomada en Consejo de ministros, y cualquiera persona o entidad afectada directamente, con el auxilio de diez abogados en ejercicio.

⁶⁹ Tanto respecto de Argentina como en relación al derecho brasileño la bibliografía es muy amplia, por lo que nos limitaremos a citar a la obra clásica de Rafael Bielsa, *El recurso extraordinario*, 2.^a Ed., Buenos Aires, 1958 esp. pp. 117 y ss. José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, Rio, 1960 pp. 326 y ss.; Alfredo de Araujo López da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, 2.^a Ed., vol. III, Rio 1959, pp. 410 y ss.

Como resulta lógico, de acuerdo con el modelo « austríaco », la sentencia que declare la inconstitucionalidad tiene efectos generales o priva de eficacia a la ley respectiva.

6. Acción, recurso o juicio de amparo

A nuestro modo de ver, aunque tal vez influidos por el cariño que profesamos a la institución mexicana de este nombre, el amparo es el instrumento procesal más eficaz y adecuado para la tutela específica de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente.

Resulta ya un hecho notorio que México fue el primer país de Latinoamérica que consagró el juicio de amparo, que en su pristina significación de sus creadores, Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero y los Constituyentes de 1857, tenía como finalidades esenciales la protección de las « garantías individuales » y la tutela del régimen federal, pero siempre a través de la afectación de un derecho particular ⁷⁰.

Es también un hecho indiscutible que el amparo mexicano ha influido directa o indirectamente en el establecimiento de instituciones procesales del mismo nombre en diversos ordenamientos de América Latina, tanto por el prestigio internacional que ha llegado a adquirir la institución mexicana como por la circunstancia favorable de que la denominación posee una honda raigambre en el derecho hispánico ⁷¹.

El primer país que introdujo el amparo fue la República de El Salvador en su Constitución de 13 de agosto de 1886 y le siguieron Honduras, en su Ley Fundamental de 1894; Nicaragua, el 10 de noviembre de 1911, Guatemala, el 11 de marzo de 1921; Panamá, el 2 de enero de 1941; Costa Rica el 7 de noviembre de 1949; Argentina en la Constitución de la Provincia de Santa Fe de 13 de agosto de 1921; y más recientemente Venezuela en su Carta de 1961, y Bolivia, Ecuador y Paraguay en sus Leyes Supremas de 1967.

También se estatuyó el amparo en las dos Constituciones Federales de Centroamérica, es decir, en la Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica (Honduras, Nicaragua y El

⁷⁰ Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, 6.ª Ed., México, 1968, pp. 94 y ss. Ignacio L. Vallarta, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, 1896, pp. 31 y ss.

⁷¹ Cfr. Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 8.ª Ed. México 1967, p. 458, nota 412; Héctor Fix Zamudio, *Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano*, en « Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México », N.º 52, enero-abril de 1965, pp. 119-152; reproducido en « Revista di Diritto Agrario » Milano, julio-septiembre de 1967, pp. 502-543.

Salvador), promulgada en 1898, y en la Carta de la República Centroamericana (Guatemala, El Salvador y Honduras) de 9 de septiembre de 1921 ⁷².

Con el objeto de sistematizar, así sea relativamente, esta materia, es necesario realizar una clasificación del amparo en cuanto a su extensión protectora, lo cual se puede intentar de la siguiente manera:

(a) El amparo se entiende exclusivamente como un instrumento equivalente al *habeas corpus*, ya que únicamente puede utilizarse para tutelar la libertad de las personas físicas contra prisiones indebidas o irregularidades en el procedimiento criminal, y este es el sentido que posee en la República de Chile, según expresamos anteriormente y no es necesario repetir en esta oportunidad, y lo mismo sucede en algunos Códigos procesales penales argentinos, y en la disposición transitoria 5.^a de la Constitución venezolana de 1961, al utilizar la denominación « amparo de la libertad personal », como sinónimo de *habeas corpus*, como también ya se expresó en el capítulo respectivo.

(b) En las legislaciones de Argentina, Venezuela, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Panamá y muy recientemente en Bolivia, Ecuador y Paraguay, el « recurso » o « acción » de amparo ha adquirido un significado de instrumento protector de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal, que se tutela a través del tradicional *habeas corpus*, y por tal motivo, o se regula en una Ley especial, o se consagra como un capítulo independiente en los ordenamientos sobre procedimientos constitucionales.

El amparo en la República Argentina ha sido objeto de una expansión que pudiéramos calificar de explosiva, después de su introducción en el artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fé, de 1921 ⁷³ y que después se consagró en la Constitución de Santiago del Estero de 2 de junio de 1939, artículo 22, y en los artículos 673 y 685 del Código de Procedimientos Civiles de la misma provincia, expedido en 1944 ⁷⁴, así como posteriormente en el artículo 33 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, de 31 de mayo de 1949 ⁷⁵.

⁷² Cfr. Phanor J. Eder, *Judicial Review in Latin America*, cit. pp. 571-572.

⁷³ Cfr. César E. Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, en « Revista Jurídica de Buenos Aires », abril-junio de 1958, pp. 79-96.

⁷⁴ Cfr. Antonio Castiglione, *Recurso civil de amparo*, en « Revista de Derecho procesal », año VI, vol. II, Buenos Aires, 1946 pp. 48-58.

⁷⁵ Cfr. Carlos R. Melo, *Las Constituciones de la Provincia de Mendoza*, en « Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales » Córdoba, Argentina, enero-septiembre de 1963, p. 143.

En efecto, en el ámbito provincial y particularmente a partir de la revolución de 1955, el « recurso » o « acción » de amparo se ha consagrado en una gran parte de las Leyes Fundamentales de las provincias argentinas, pudiendo citarse las siguientes Cartas Políticas que regulan la institución de manera expresa :

- (i) Artículo 145, fracción 13 de la Constitución de la Provincia de Corrientes, de 17 de agosto de 1960 ⁷⁶.
- (ii) Artículo 34 de la Constitución de la Provincia del Chubut, de 26 de noviembre de 1957 ⁷⁷.
- (iii) Artículo 20 de la Constitución de la Provincia de Formosa, en vigor a partir del 30 de noviembre de 1957 ⁷⁸.
- (iv) Artículo 16 de la Constitución de la Provincia de la Pampa, de 6 de octubre de 1960 ⁷⁹.
- (v) Artículo 16, 17 y 18 de la Constitución de la Provincia de Misiones, de 21 de abril de 1958 ⁸⁰.
- (vi) Artículo 11 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, de 10 de diciembre de 1957 ⁸¹.
- (vii) Artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz, de 6 de noviembre de 1957 ⁸².
- (viii) Artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, de 14 de abril de 1962 ⁸³.

Esto sin mencionar los dos textos constitucionales que consignan el *habeas corpus* con una amplitud que le permite proteger no sólo la libertad física, de acuerdo con el concepto tradicional, sino también todos los restantes derechos de la persona humana consa-

⁷⁶ Cfr. Juan R. Aguirre Lanari, *Algunos aspectos de las reformas introducidas en la Constitución de Corrientes*, en «Revista Argentina de Ciencia Política» Buenos Aires, julio-diciembre de 1960 p. 279.

⁷⁷ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, Buenos Aires 1962, p. 132.

⁷⁸ Cfr. César E. Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, cit., p. 90.

⁷⁹ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, cit. p. 184.

⁸⁰ Cfr. Linares Quintana, *Op. ult. cit.*, p. 201; Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, cit., p. 91.

⁸¹ Cfr. Linares Quintana, *Op.ult.cit.* pp. 268-269.

⁸² Cfr. Linares Quintana, *Op.ult.cit.*, p. 292.

⁸³ El texto de esta Carta Fundamental aparece publicado en «Anales de Legislación Argentina», tomo XXII-B, Buenos Aires, 1963, pp. 1909-1921 y el citado artículo 17, en la p. 1911; Cfr. Salvador Dana Montaña, *La reglamentación de lamparo jurisdiccional de los derechos y garantías*, en «La Ley» Buenos Aires, 8 de diciembre de 1966, p. 1.

grados en las normas fundamentales, es decir los artículos 16 de la Constitución de la Provincia del Chaco de 7 de diciembre de 1957, y 44 de la provincia de Neuquén de 28 de noviembre de 1957, respectivamente ⁸⁴.

Además, se han expedido Leyes reglamentarias sobre « recurso » o « acción » de amparo en varias de las citadas provincias argentinas, debiendo recordarse que el primer ordenamiento reglamentario lo fue la Ley N.º 2494 de la Provincia de Santa Fé, promulgada el primero de octubre de 1935 ⁸⁵, la cual fue seguida por la Ley sobre el recurso de amparo N.º 2582 de la Provincia de Entre Ríos, que fue publicada el 27 de noviembre de 1946, pero este ordenamiento ha sido objeto de adiciones y reformas por el Decreto 1640 de 1963, cuyo texto se encuentra actualmente en vigor ⁸⁶.

Debemos mencionar también las Leyes N.º 2355 de la Provincia de Mendoza, promulgada el 7 de octubre de 1954; N.º 11 de la Provincia de Santa Cruz, de 17 de julio de 1958, N.º 2596 de la Provincia de San Luis de 30 de julio de 1958; N.º 146 de la Provincia de Misiones, de 14 de noviembre de 1961, N.º 2690 de la Provincia de La Rioja, de 7 de septiembre de 1960, pero no publicada hasta el 12 de octubre de 1962; y N.º 7166 de la Provincia de Buenos Aires, promulgada el 10 de diciembre de 1965.

Por otra parte, en el ámbito nacional el amparo surgió primeramente en el terreno jurisprudencial, ya que se inició con dos famosos casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es decir el de « Ángel Siri », de 27 de diciembre de 1957 ⁸⁷, y « Samuel Kot », fallado el 5 de septiembre de 1958 ⁸⁸, y posteriormente se fue configurando tanto a través de numerosos

⁸⁴ Cfr. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas provincias* cit., pp. 49-54.

⁸⁵ Cfr. Salvador Dana Montañó, *La reglamentación del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías*, cit., p. 3.

⁸⁶ Cfr. Eugenio Orlando, *La acción de amparo en la Constitución de Entre Ríos*, en « *Jurisprudencia Argentina* », Buenos Aires, 12 de septiembre de 1966, pp. 1-4, quien consigna, además, el texto refundido de la propia Ley de Amparo.

⁸⁷ Cfr. los entusiastas y agudos comentarios de Segundo V. Linares Quintana, *Modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad*, en « *La Ley* », Buenos Aires, 7 de marzo de 1958, pp. 1-2; Roberto Repetto, *El recurso de amparo en la nueva interpretación de la Corte Suprema de la Nación*, en « *Jurisprudencia Argentina* » Buenos Aires, 18 y 19 de junio de 1958.

⁸⁸ Cfr. Genaro R. Carrió, *Recurso de amparo y técnica judicial*, Buenos Aires, 1960 sep. pp. 147-183; Abel Houssay, *Amparo judicial. El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, 1961 esp. pp. 51 y ss. Carlos A. Tagle, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, en « *Jurisprudencia Argentina* » Buenos Aires, 4 de noviembre de 1958, pp. 1-5.

fallos de la propia Corte como por medio de una amplísima elaboración doctrinal⁸⁹, habiendo sido objeto de varios proyectos de reglamentación, entre los cuales destaca el formulado por el Ejecutivo Nacional argentino en junio de 1964, y cuyo artículo 1.º recoge con bastante aproximación el alcance que a la institución había otorgado la jurisprudencia de la Corte Suprema:

«La acción de amparo procederá contra toda conducta, autoridad, funcionario o empleado público, o *actos de particulares*, aún cuando se fundamente en Ley, que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con ilegalidad o arbitrariedad los *derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional*, siempre que no existan otros recursos judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado, o que, existiendo, no fueran manifiestamente idóneos para la protección inmediata del derecho o garantía constitucional»⁹⁰.

Finalmente se expidió la Ley nacional sobre «acción de amparo» número 16.986 de 18 de octubre de 1966, que recoge varios aspectos de la institución elaborados por la jurisprudencia, y algunos otros de la citada Ley 7.166 para la provincia de Buenos Aires, la cual, a su vez, se inspiraba en el proyecto nacional de 1964, pero con algunos aspectos restrictivos que han sido objeto de una severa crítica por parte de la doctrina⁹¹.

La Constitución venezolana de enero de 1961 estatuyó el amparo en su artículo 49, en el cual se establece: «Los tribunales *amparán* a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los *derechos y garantías* que la Constitución establece, en conformidad con la Ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez

⁸⁹ La doctrina sobre la acción de amparo en el ámbito nacional ha sido exhuberante, por lo que citaremos los trabajos mas amplios y recientes; Genaro R. Carrió, *Recurso de amparo y técnica judicial*, cit., Id. *Algunos aspectos del recurso de amparo*, Buenos Aires 1959; Segundo V. Linares Quintana, *Acción de amparo. Estudio comparado con el juicio de amparo de México y el mandato de seguridad del Brasil*, Buenos Aires 1960, esp. pp. 21 y ss. Germán J. Bidart Campos; *Derecho de Amparo*, Buenos Aires, 1961; Abel Houssay, *Amparo Judicial*, cit.; Alfredo Orgaz, *El recurso de amparo*, Buenos Aires. 1961; Carlos Sánchez Viamonte, *Juicio de Amparo*, Buenos Aires, 1963.

⁹⁰ Cfr. entre otros, José Luis Lazzarini, *La acción de amparo y el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional*, en «La Ley», Buenos Aires, 20 de octubre de 1964, pp. 1-4.

⁹¹ Cfr. Alberto F. Robredo, *La acción de amparo y la reciente Ley 16. 986 en «La Ley»* Buenos Aires, 3 de noviembre de 1966, esp. p. 3; Bartolomé A. Fiorini, *Acción de amparo. Graves limitaciones e inconsecuencias que la desnaturalizan*, en «La Ley», Buenos Aires, 24 de noviembre de 1966, pp. 1-3; Germán J. Bidart Campos, *La nueva Ley de Amparo en «Jurisprudencia Argentina»*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 1966 pp. 3-4; Salvador M. Dana Montañó, *La reglamentación legal del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías*, cit. pp. 1-7.

competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida ».

Tal como está redactado dicho precepto, relacionado con el primer párrafo de la disposición transitoria 5.^a de la propia Ley Fundamental⁹², parece abarcar también la tutela de la libertad corporal, pero tanto la doctrina venezolana⁹³ como en la Exposición de Motivos del proyecto de Ley de *Habeas Corpus* redactado por el Ministerio de Justicia, han estimado que el amparo previsto por el artículo 49 constitucional se contrae a la protección procesal de todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad corporal regulada provisionalmente por la citada disposición transitoria 5.^a de la propia Ley Fundamental.

La Constitución de la República de Guatemala de septiembre de 1965, en su artículo 84 se aparta de todas las normas constitucionales a partir de la introducción del amparo en la reforma de 1921, puesto que separa definitivamente el amparo y el *habeas corpus* cuando dispone en la parte conducente: « *El habeas corpus* y el amparo se entablarán mediante recursos específicos... », mientras que anteriormente el primero formaba parte del segundo, de manera que el amparo tutelaba también la libertad corporal de acuerdo con la anterior Ley de Amparo de 18 de mayo de 1928⁹⁴.

Esta separación más precisa entre el *habeas corpus* y el amparo se debió fundamentalmente a las tendencias que en este sentido se observaron en los dos primeros Congresos Jurídicos Guatemaltecos celebrados, respectivamente, en septiembre de 1960 y octubre de 1962⁹⁵, de tal manera que en la actualidad, los artículos 80, fracción 1.^a de la citada Constitución vigente de 1965 y 1.^o fracción 1.^a, de la vigente Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad, establecen que el objetivo fundamental del amparo consiste en

⁹² La parte conducente de esta última disposición preceptúa: « El amparo de la libertad personal, hasta en tanto se dicte la Ley especial que lo regule conforme a lo previsto por el artículo 49 de la Constitución, procederá de acuerdo con las normas siguientes... »

⁹³ Cfr. De Miguel, *El amparo y habeas corpus en la Constitución de 1961*, cit., pp. 46-47; en contra Morris Sierralta, *De los recursos de amparo y habeas corpus en el derecho constitucional venezolano*, Caracas, 1961, pp. 28 y ss.

⁹⁴ Para la regulación del amparo y el *habeas corpus*, en los ordenamientos constitucionales anteriores al vigente, Cfr. Ramiro Auyón Barneod, *El procedimiento de amparo*, Guatemala, 1955 (tesis), pp. 88 y ss. César Humberto de León Rodas, *El habeas corpus, garantía de libertad en la legislación de Guatemala*, Guatemala, 1960 (tesis), pp. 93 y ss.

⁹⁵ *Actas relativas*, Guatemala, 1960 y 1962, pp. 67 y ss.; 41 y ss., respectivamente.

mantener o restituir el goce de los derechos y garantías que establece la misma Ley Fundamental ⁹⁶.

El artículo 89, fracción 1.^a de la vigente Carta Fundamental del El Salvador de 8 de enero de 1962, y reglamentado por los artículos 12 y siguientes de la Ley de Procedimientos Constitucionales en vigor, de 14 de enero de 1960, regula el « proceso de amparo » de manera independiente del *habeas corpus* limitado a la tutela de la libertad personal.

El artículo 12 de la propia Ley Reglamentaria establece el alcance del amparo salvadoreño, en cuanto en su parte relativa determina que:

« Toda persona puede pedir *amparo* ante la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que le otorga la Constitución Política. La acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus organismos descentralizados que viole aquellos derechos u obstruya su ejercicio... »

El artículo 51 de la Constitución vigente de la República de Panamá, de marzo de 1946, regula el « procedimiento sumario de amparo de las garantías constitucionales », de manera independiente del *habeas corpus*, que el diverso artículo 24 limita a la tutela de libertad personal, circunscribiendo el alcance del propio amparo al proteger a toda persona « contra la cual se expida o se ejecute por cualquier funcionario público una orden de hacer o de no hacer que viole los *derechos y garantías* que este Constitución consagra... » ⁹⁷.

Este precepto ha sido reglamentado por la Ley número 46 sobre Recursos Constitucionales y de Garantía, de 24 de noviembre de 1956, que regula el *habeas corpus* de manera independiente.

El artículo 48 de la Carta Fundamental de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949, en su párrafo tercero, regula el « recurso de amparo » con independencia del *habeas corpus*, previsto en su primer párrafo y con el exclusivo objeto de proteger la libertad individual. Este tercer párrafo dispone:

« Para mantener o restablecer el goce de los *otros derechos consagrados por esta Constitución*, a toda persona le asiste, además, el recurso de *amparo*, del que conocerán los Tribunales que fija la Ley ».

⁹⁶ No debe olvidarse que el amparo guatemalteco procede también contra disposiciones legales que violen los derechos fundamentales, pero la sentencia protectora, se traduce en la desaplicación de las propias disposiciones en beneficio exclusivo del promovente, según se expresó con anterioridad; y también para que se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República no es aplicable al recurrente, por violar un derecho constitucional; todo ello de acuerdo con el artículo 89, fracciones 2a y 3a de la Ley Fundamental vigente.

⁹⁷ Cfr. Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del doctor Moscote*, cit. pp. 170 y ss.

Dicha disposición está reglamentada por la Ley de Amparo, número 1.161 de 2 de junio de 1950 (en tanto que el *habeas corpus* está regulado por una Ley especial número 35, de 24 de noviembre de 1932) cuyo artículo 2.º, reformado por Decreto de 9 de agosto de 1952, establece en lo conducente: « ... procede el recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los derechos consagrados en la Constitución Política (el texto primitivo se refería exclusivamente a los «derechos individuales»). En consecuencia, se dará ese recurso contra disposición, acto o resolución, y, en general, contra toda acción u omisión que haya violado o amenace con violar cualquiera de esos derechos »⁹⁸.

Dentro de esta misma orientación, muy recientemente se ha introducido el recurso o acción de amparo en varias de las últimas Cartas Constitucionales expedidas en el año de 1967. Nos referimos a Bolivia, Ecuador y Paraguay, que anteriormente no reconocían esta institución.

En primer término debe mencionarse el artículo 19 de la nueva Constitución Política de Bolivia, promulgada el 2 de febrero de 1967, el cual dispone en lo conducente:

«Fuera del recurso de *habeas corpus*, a que se refiere el artículo anterior, se establece el *recurso de amparo* contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes... »⁹⁹.

La Constitución Política del Estado Ecuatoriano, promulgada el 25 de mayo de 1967, establece el amparo en su artículo 28, inciso 15, de la siguiente manera:

«Sin perjuicio de otros derechos que se derivan de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza...15. El derecho de demandar el *amparo jurisdiccional* contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes ».

Finalmente, la Constitución de la República del Paraguay, de 25 de agosto de 1967, regula el amparo en su artículo 77, preceptuando:

«Toda persona que por un acto y omisión ilegítimo, de autoridad o de un particular, se crea lesionado o en peligro inminente de serlo, de modo grave, en un *derecho o garantía* que consagre esta Constitución, o la ley, y que por la urgencia del caso no pudiera remediarse por la

⁹⁸ Cfr. Roberto Vinicio Alfaro Valverde, *El recurso de amparo*, Costa Rica 1959, esp. pp. 49 y ss. (tesis mimeografiada).

⁹⁹ Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Recurso de amparo*, cit. esp. pp. 27 y ss.

vía ordinaria, podrá recurrir ante cualquier Juez de Primera Instancia a reclamar *amparo*. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción pública, y el Juez tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. La Ley reglamentará el procedimiento ».

(c) Tenemos un tercer sector de ordenamientos que otorgan al amparo una amplitud mayor que las anteriores, puesto que conservan más cercana la influencia directa del derecho mexicano sobre esta materia: nos referimos a las legislaciones de Honduras y Nicaragua, en las cuales el citado instrumento tutelar posee un triple contenido: el suyo propio de proteger los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente; abarca también la libertad personal, pues el *habeas corpus* forma parte del mismo, aún cuando con ciertos lineamientos peculiares, y finalmente, puede también utilizarse para impugnar disposiciones legales violatorias de la Carta Fundamental, en el concepto de que la sentencia protectora se traduce en la desaplicación de la disposición combatida en beneficio exclusivo del promovente.

El artículo 58 de la Constitución de la República de Honduras de 3 de junio de 1965, se aparta hasta cierto punto de estos lineamientos que seguían las leyes anteriores, y separa parcialmente el *habeas corpus* del amparo en las dos fracciones de dicho precepto, y su fracción 1.^a circunscribe el « recurso de amparo » que puede ejercer toda persona agraviada, o cualquiera otra en su nombre:

« (a) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los *derechos y garantías* que la Constitución restablece; y (b) Para que se declare en casos concretos que una Ley, o resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente, por contravenir o restringir cualquiera de los derechos garantizados por la Constitución ».

Esta disposición está reglamentada por la Ley de Amparo de 14 de abril de 1936, que tiene ese triple contenido de la protección de la libertad corporal (a través del *habeas corpus*), los restantes derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y la impugnación de las leyes y disposiciones generales, con efectos concretos, cuando se estimasen violatorias de los mismos derechos.

(d) Finalmente, el juicio de amparo es el más amplio en cuanto a su contenido que el de todas las legislaciones latinoamericanas anteriormente relacionadas.

Por un mecanismo muy peculiar de nuestra historia jurídico-política, e indudablemente por la necesidad de centralizar los asuntos judiciales, lo que fue exclusivamente, al menos en la intención de sus creadores, un instrumento o garantía « constitucional » en sentido estricto, se transformó, a través de una interpre-

tación forzada del texto del artículo 14 de la Constitución de 5 de febrero de 1857, también en un control de la correcta aplicación de las leyes secundarias en las sentencias judiciales, inclusive las pronunciadas por los tribunales de las Entidades Federativas ¹⁰⁰.

Esta interpretación extensiva fue expresamente admitida por el Constituyente de 1916-1917, de tal manera que se acogió en la redacción vigente del actual artículo 14 constitucional, en el cual se establece, como una « garantía individual », el control de la legalidad respecto de todas las resoluciones judiciales del país ¹⁰¹.

Toda esta evolución culminó con la absorción por el amparo del recurso de casación, que subsistía en los Códigos procesales locales y regulado en el ámbito nacional por el Código de Comercio, lo que ocurrió de manera definitiva por disposición del artículo 30 de la Ley de Amparo de 18 de octubre de 1919, constituyendo así un sector peculiar que nos hemos permitido denominar « amparo-casación » ¹⁰².

También debe tomarse en consideración que el amparo mexicano se ha venido utilizando como un sustituto del proceso administrativo, es decir, como un control de la legalidad de los actos y resoluciones no sólo de la administración activa, sino también, en cuanto se han venido estableciendo, de las sentencias de los tribunales administrativos, particularmente del Tribunal Fiscal de la Federación, y en este sentido se habla de un « amparo administrativo » ¹⁰³.

Por otra parte, más recientemente se realizaron dos reformas constitucionales y legales, la primera el 30 de octubre de 1962 y la

¹⁰⁰ Transformación estudiada magistralmente por el ilustre jurista Emilio Rabasa, en su clásica monografía *El artículo 14. Estudio constitucional*, 2.ª Ed. (la primera apareció en 1909) esp. pp. 35 y ss.

¹⁰¹ Los párrafos tercero y cuarto del citado artículo 14 constitucional establecen: « ... En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho ».

¹⁰² Cfr. Héctor Fix Zamudio, *El juicio de amparo*, cit., pp. 258 y ss. Id. *Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo*, en « Revista de la Facultad de Derecho de México », N.º 56, octubre-diciembre de 1964 pp. 93 y ss. Se han realizado numerosos estudios para señalar las analogías y la vinculación del amparo y el recurso de casación, pero nos limitaremos a señalar el más completo, redactado por Alejandro Ríos Espinoza, *Amparo y casación*, México 1960, esp. pp. 175 y ss.

¹⁰³ Entre los estudios sobre este sector del amparo merece destacarse el de Antonio Carrillo Flores, *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, México 1939, pp. 273 y ss.; Felipe Tena Ramírez, *Fisonomía del amparo en materia administrativa*, en el volumen « El pensamiento de México en el Derecho Constitucional », México 1961, pp. 111 y ss.

segunda el 3 de enero de 1963, para establecer lineamientos peculiares tratándose de la impugnación, a través del juicio de amparo, de resoluciones de las autoridades agrarias que afecten derechos colectivos de los núcleos de población agrícola sujetos al régimen de la reforma agraria (es decir, organizados en el sistema de propiedad colectiva denominada « ejidal » y « comunal ») o a sus integrantes, conocidos como ejidatarios y comuneros, respectivamente, y que se separan en este aspecto de las reglas más estrictas establecidas en la legislación de amparo para la impugnación de los actos y resoluciones administrativas, tomando en consideración que favorece notablemente la situación procesal de estos grupos agrarios y de sus integrantes. En tal sentido se habla de un nuevo sector del « amparo agrario ejidal y comunal »¹⁰⁴.

A los sectores anteriores debe agregarse aquel que en la parte correspondiente de este trabajo consideramos similar al *habeas corpus*, ya que tutela a los gobernados contra los actos de autoridad que ponen en peligro su vida o su libertad personal fuera de procedimiento judicial, todo lo cual nos proporciona una idea de la extraordinaria complejidad y amplitud del juicio de amparo mexicano.

Del recorrido superficial que hemos hecho a través de las instituciones protectoras de los derechos fundamentales que reciben el nombre de « acción », « recurso » o « juicio » de amparo en los ordenamientos constitucionales de los países latinoamericanos, podemos llegar a la conclusión de que su contenido es sumamente variable, y por ello es que en el Seminario sobre amparo, *habeas corpus* y otros recursos similares, que se efectuó en la ciudad de México del 15 al 18 de agosto de 1961 bajo los auspicios de las Naciones Unidas, se expresó por los asistentes que la calificación del amparo se utiliza para denominar instituciones protectoras que no necesariamente son idénticas¹⁰⁵.

Sin embargo, podemos descubrir un fondo común que nos permitirá más adelante la posibilidad de estructurar un amparo latinoamericano, ya que en todas las legislaciones en las cuales se ha establecido y que tienden a aumentar en número, se utiliza esencialmente para proteger los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad corporal, que en ocasiones también está comprendida por el mismo amparo, pero con la tendencia a independizar dicha protección, que se tutela específicamente a través del *habeas corpus* o « amparo de la libertad ».

¹⁰⁴ Cfr. Ignacio Burgoa, *El amparo en materia agraria*, México 1964, pp. 111 y ss. Luis del Toro Calero, *El juicio de amparo en materia agraria* (tesis), México 1964, pp. 129 y ss.

¹⁰⁵ *Actas respectivas*, Nueva York, 1962 Documento ST-TAO-HR-12, p. 12.

7. La protección de los derechos del hombre y las situaciones de emergencia

Aún cuando sea muy brevemente, es preciso detenernos en esta materia, ya que no obstante la existencia de medios eficaces para la defensa de los derechos fundamentales, esta protección se hace nugatoria si la misma desaparece con motivo de las frecuentes convulsiones latinoamericanas, durante las cuales los gobernados suelen quedar desamparados y a merced de las autoridades, particularmente las administrativas.

Ya el tratadista estadounidense Phanor J. Eder hacía notar que la vigencia del *habeas corpus* en Latinoamérica resulta afectada frecuentemente, al ser suspendida por las constantes declaraciones de « estado de sitio » o de « ley marcial », y todavía afirma con gran penetración que en esta materia se encuentran en conflicto dos características contradictorias de los habitantes de las naciones latinoamericanas: el individualismo apasionado y el culto al hombre fuerte o al caudillo ¹⁰⁶.

En el derecho constitucional de Latinoamérica existe una gran variedad en la denominación de las instituciones que regulan las situaciones de emergencia, así como las autoridades que poseen la facultad de utilizar esas instituciones para la defensa del orden constitucional, desde el « estado de Asamblea », previsto por el artículo 72, número 17, inciso 1º, de la Constitución Chilena ¹⁰⁷; el estado de sitio de la gran parte de las Leyes Fundamentales de los países latinoamericanos ¹⁰⁸, hasta la llamada « suspensión de garantías » del artículo 29 de la Carta Política mexicana ¹⁰⁹.

El problema fundamental consiste en determinar si en dichas situaciones de emergencia los órganos judiciales, a través de los instrumentos específicos de protección de los derechos fundamentales, tales como el *habeas corpus*, amparo y acción o recurso de constitucionalidad, pueden revisar y controlar la actividad de los funcionarios que se supone dirigida a hacer frente al peligro.

Como es fácil comprender, esta cuestión fue apasionadamente discutida en el citado Seminario sobre amparo, *habeas corpus* y otros recursos similares, efectuado en la ciudad de México durante

¹⁰⁶ *Habeas Corpus disembodied*, cit., pp. 477-478.

¹⁰⁷ Cfr. Alejandro Silva Bascañán, *Tratado de derecho constitucional*, cit., tomo II, pp. 340 y 341, en la inteligencia de que también existe el estado de sitio.

¹⁰⁸ Cfr. Antonio Martínez Báez, *Concepto general del estado de sitio*, en « Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia » núms. 25-28, México, enero-diciembre de 1945, pp. 109 y ss.

¹⁰⁹ Cfr. Felipe Tena Ramírez, *La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias en el derecho mexicano*, en « Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia » Núms. citados en la nota anterior pp. 133 y ss.

el mes de agosto de 1959, y la mayoría de los delegados estuvieron de acuerdo en que sería aconsejable reconocer a los tribunales el poder de decidir respecto a la legalidad de las medidas adoptadas por la autoridad durante estas situaciones de emergencia ¹¹⁰.

Esta conclusión nos parece la más correcta, pero no siempre se alcanza en la práctica, porque los organismos oficiales, particularmente los pertenecientes al Departamento Ejecutivo, que son los que deben resolver los problemas creados por la emergencia, se muestran reacios a aceptar la intervención de los tribunales, y estos últimos también se comportan tímidamente en sus intervenciones, para no enfrentarse con el propio Ejecutivo.

Así ha ocurrido, por ejemplo, tratándose de los tribunales chilenos, los cuales se han mostrado, por regla general, renuentes a conocer del recurso de amparo (limitado a la tutela de la libertad corporal) durante las situaciones de emergencia, porque se considera que carecen de facultades para conocer respecto de atribuciones privativas de otros poderes públicos, solución que es criticada por la doctrina ¹¹¹.

La jurisprudencia de los tribunales argentinos ha sido vacilante, pero en términos generales ha predominado el criterio de que la acción de amparo es improcedente durante el estado de sitio, y algo similar se ha resuelto en relación con el *habeas corpus*, en el concepto de que la doctrina se encuentra también dividida a este respecto ¹¹².

Sin embargo, distinta es la situación en los Estados Unidos, pues no obstante que el artículo 1º, sección 9.ª inciso 2, de la Constitución Federal, autoriza al Congreso para suspender el *habeas corpus* en situaciones de emergencia, la Suprema Corte de Norteamérica en pleno estado de guerra contra los países del Eje conoció y resolvió varios casos, especialmente de *habeas corpus*, enderezados contra actos privativos de la libertad por parte de las autoridades administrativas, apoyadas en motivos relacionados con la defensa nacional ¹¹³.

¹¹⁰ Documento ST-TAO-HR-12, cit., p. 26; resumen de las discusiones en las páginas 97-109.

¹¹¹ Cfr. Elena Caffarena de Giles, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, cit., pp. 235 y ss.

¹¹² Cfr. Guillermo Becerra Ferrer, *Naturaleza y presupuestos del recurso de amparo*, en «Jurisprudencia Argentina», Buenos Aires, 6 de octubre de 1959, p. 2; Rafael Bielsa, *Sobre el recurso de amparo*, en «Jurisprudencia Argentina», Buenos Aires 6 de febrero de 1964, pp. 1-4; José Luis Amadeo, *Interpretación jurisprudencial del amparo y su inclusión en las Constituciones provinciales* en «Jurisprudencia Argentina», 20 de abril de 1961, pp. 6.

¹¹³ Cfr. Carl Brent Swisher, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos* trad. de Hugo Charny, Buenos Aires, 1958, pp. 900 y ss.

Este ha sido también el criterio de la Suprema Corte mexicana, pues durante el Estado de guerra con Alemania, Italia y Japón, resolvió varios procesos de amparo que se hicieron valer contra disposiciones legales que se habían expedido durante ese período y las declaró inconstitucionales, por considerar que dichos preceptos no tenían relación con la defensa del territorio nacional, de su soberanía y dignidad y para el mantenimiento de las instituciones fundamentales¹¹⁴.

Esta orientación ha sido adoptada expresamente por la Constitución brasileña de 1946, artículo 215, y reiterada por el artículo 156 de la Carta Suprema de enero de 1967, de la siguiente manera:

«El incumplimiento de cualquiera de las prescripciones relativas al estado de sitio hará ilegal la coacción y permitirá *al afectado impugnarla ante el Poder Judicial*».

Tenemos la convicción de que si las situaciones de emergencia se traducen normalmente en una limitación de los derechos del hombre, los órganos judiciales deben examinar, por conducto de los instrumentos procesales tutelares de tales derechos, si las autoridades respectivas han respetado y respetan estas limitaciones, las cuales deben tender de manera razonable a superar la situación de peligro en forma rápida y eficaz, y no como, desafortunadamente, ha ocurrido con frecuencia, que con el pretexto de un conflicto interno, se tomen medidas desproporcionadas para el peligro efectivo, en perjuicio de los derechos de la persona humana y desvirtuando así la protección que a tales derechos establecen las disposiciones constitucionales.

8. Bases uniformes para un amparo latinoamericano

Después de haber examinado los diversos instrumentos protectores de los derechos fundamentales de la persona humana, expresamos nuestra opinión en el sentido de que ninguna otra institución posee los títulos de prestigio, arraigo y tradición como el juicio, recurso o acción de amparo (y su equivalente, es decir, el mandamiento de seguridad brasileño) para constituir un instrumento armónico de bases uniformes para la tutela de los derechos fundamentales consagrados en las diversas leyes fundamentales de Latinoamérica.

Precisamente por esta cualidad y a iniciativa, unánimemente

¹¹⁴ Cfr. Felipe Tena Ramírez, *La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias en el derecho mexicano*, cit., pp. 145 y ss. José Campillo Sainz, *El juicio de amparo y la legislación de emergencia*, en «Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia», núms. 21-22, México, enero-junio de 1944, pp. 39 y ss.

aceptada, de la delegación mexicana a la IX Conferencia Internacional Americana, fué consagrada esta institución en el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada el 2 de mayo de 1948 en la ciudad de Bogotá, se estableció, en su artículo XVIII:

« Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente »¹¹⁵.

Con posterioridad a la citada declaración se advierte claramente el esfuerzo de los países americanos para lograr una aproximación en este campo tan esencial para la libertad humana, como puede advertirse de los estudios realizados por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en el año de 1961¹¹⁶, debiendo también resaltarse que en la declaración de Santiago de Chile, adoptada en 1959, en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, figura el punto 5º, en el cual se expresó:

« Los derechos humanos incorporados en la legislación de los Estados Americanos deben ser protegidos por medios judiciales eficaces »¹¹⁷.

En los congresos jurídicos internacionales latinoamericanos se descubre esta misma tendencia en favor de la armonización de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, y como ejemplo podemos citar las proposiciones aprobadas en las Primeras Jornadas de Derecho Comparado Platense Uruguayas, efectuadas en Montevideo los días 15 al 17 de agosto de 1962 sobre bases comunes para la tramitación de la acción de amparo y similares¹¹⁸; en el mismo sentido la recomendación que se adoptó en el Congreso Internacional y Terceras Jornadas Latinoamericanas de Derechos Procesal efectuadas en la ciudad de São Paulo, Brasil, en el mes de septiembre del propio año de 1962, en el sentido de establecer en los regímenes constitucionales de América Latina un sistema unitario de

¹¹⁵ En la inteligencia de que también por iniciativa de la delegación mexicana fue introducido el amparo en el artículo 80 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, expedida en París el 10 de diciembre de 1948. Cfr. Felipe Tena Ramírez, *El aspecto mundial del amparo. Su expansión internacional*, en el volumen « México ante el pensamiento jurídico social de Occidente » México 1955, pp. 129 y ss.

¹¹⁶ *Legislación de los Estados Americanos sobre protección judicial de los derechos humanos*, Washington, marzo de 1961.

¹¹⁷ *Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Documentos Básicos*, OEA-Ser L-VII-4 Rev. Washington, 1963, p. 34.

¹¹⁸ Pueden leerse las conclusiones que sobre esta materia se tomaron en dichas Jornadas, en el estudio de Alberto Ramón Real, *La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo*, cit., pp. 146 y ss.

protección de los derechos fundamentales según el modelo del juicio de amparo mexicano y del mandamiento de seguridad brasileño ¹¹⁹.

Precisamente con apoyo de esa recomendación, en las Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal que se efectuaron en las ciudades de Caracas y Valencia, Venezuela, durante los últimos días de marzo y primeros de abril de 1967, se aprobó la sugestión de formular un proyecto que contenga las bases uniformes adecuadas para regular en todo los países latinoamericanos la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales del hombre, pues para ello ya existen elementos que se desprenden de los estudios comparativos de estas instituciones y que pueden recogerse en ese proyecto con cierta facilidad ¹²⁰.

Doctrinalmente, también se advierte el digno intento de los tratadistas latinoamericanos para lograr la configuración de un régimen uniforme de tutela de los derechos del hombre, pudiendo señalarse en esta dirección los esfuerzos del jurisconsulto argentino Carlos Sánchez Viamonte, quien ha venido propugnando por la consagración de un *habeas corpus* americano, entendido en un sentido muy amplio, similar al que se sostuvo en Brasil antes del establecimiento del mandamiento de seguridad, es decir, comprendiendo la protección de todos los derechos públicos fundamentales consagrados constitucionalmente, y no exclusivamente de la libertad corporal ¹²¹.

También debemos señalar el profundo ensayo realizado por el tratadista brasileño J. M. Othon Sidou para redactar una Ley reglamentaria uniforme no sólo de un juicio de amparo americano, sino inclusive universal, apoyándose en el artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que tiene su antecedente en el invocado artículo XVIII de la Declaración Americana, que le precedió en varios meses ¹²².

Finalmente, en la ponencia que presentamos a las citadas

¹¹⁹ Cfr. Otto Gil, *Introdução a coletanea de estudos sobre o mandado de segurança*, en el volumen «Estudos sobre o mandado de segurança» Rio de Janeiro, 1963, pp. 24 y 25. Conviene transcribir el punto 3º de dicha recomendación: «El Congreso señala la conveniencia de que los Institutos de Derecho Procesal de América Latina desarrollen estudios dirigidos a la elaboración de un proyecto que establezca un sistema de normas capaz de sustentar en todos los países la realización de la tutela sugerida en la moción anterior (protección jurisdiccional de las libertades y derechos fundamentales del hombre respecto de la arbitrariedad de los agentes del poder público)».

¹²⁰ Las conclusiones relativas fueron publicadas en la «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal» Madrid 1967, pp. 323-327.

¹²¹ Este autor propuso un proyecto de cláusula constitucional relativa al *habeas corpus*, para las naciones de América, *El habeas corpus: Garantía de libertad*, 2.ª Ed., Buenos Aires 1956, pp. 66 y ss.

¹²² *A tutela judicial dos direitos fundamentais*, en el citado volumen «Estudos sobre o mandado de segurança, cit., pp. 111 y ss.

Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, efectuadas en Caracas-Valencia, Venezuela, en marzo-abril de 1967, señalamos, así sea brevemente, las bases esenciales que pudieran servir de apoyo a un intento de reglamentación uniforme, y que recibieron la aprobación de los participantes a la citada reunión académica ¹²³.

9. El amparo como instrumento de protección internacional

Ya hemos visto, aunque sea de manera precipitada, que el amparo es un instrumento adecuado para la protección de los derechos del hombre consagrados constitucionalmente, y que se ha ido extendiendo lenta pero seguramente en las diversas Leyes Fundamentales de Latinoamérica, y que últimamente ha sido elevado a la categoría de institución internacional al ser consignado en los artículos XVIII y 8º, respectivamente, de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre.

Los derechos humanos también han rebasado el ámbito interno, y cada vez con más vigor se incorporan a declaraciones internacionales, que son ya muy numerosas, pero para mantenerse dentro del nivel del continente americano podemos mencionar tanto la citada Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, como la Carta Internacional Americana de las Garantías Sociales, ambas aprobadas en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

Entonces podemos preguntarnos si el amparo, ya internacionalizado como instrumento de protección de derechos constitucionales internos, no podría utilizarse como medio de protección de estas cartas internacionales, que como ocurriera a fines del siglo XVII con las declaraciones individualistas de los revolucionarios franceses y de los Estados de la Unión Americana se han limitado a consagrar un catálogo de derechos humanos, pero sin un procedimiento efectivo de carácter procesal para imponerlos en la práctica.

La respuesta no es nada sencilla, porque en esta materia nos encontramos en un período de transición, especialmente en esta segunda posguerra en la cual numerosos postulados que se consideraban intocables se hallan actualmente sujetos a revisión, y entre ellos precisamente el concepto de derecho subjetivo público, que de acuerdo con el criterio tradicional sólo era oponible frente a las autoridades nacionales, ya que en el derecho internacional clásico, únicamente los Estados tenían personalidad jurídica y los particula-

¹²³ Cfr. Héctor Fix Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, publicado primeramente en «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal», Madrid 1967, pp. 460-464; y con posterioridad en «Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala», Guatemala julio-agosto, 1967, pp. 17-18.

res no podían acudir a los órganos supranacionales para hacer la defensa de sus derechos; sin embargo, con mucha timidez ya se empieza a transformar este postulado, y poco a poco se va concediendo a los particulares acceso a dichos órganos, inclusive los de carácter jurisdiccional internacional ¹²⁴.

Esta idea contemporánea, impuesta por la realidad de nuestra época, del individuo particular como sujeto de derecho internacional, ha desembocado, lógicamente, en el establecimiento, aunque sea de manera limitada, de instrumentos procesales internacionales para la protección de los derechos del hombre, también reconocidos en documentos internacionales ¹²⁵.

Y donde han tenido reconocimiento positivo estos instrumentos ha sido primeramente en Europa, ya que los artículo 19 y siguientes de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de Roma el 4 de noviembre de 1950, instituyeron dos organismos para asegurar la observancia de los derechos fundamentales establecidos en la propia Convención, es decir, la Comisión Europea de los Derechos Humanos y la Corte Europea de los Derechos del Hombre, tutela que se extendió también a los derechos que se establecieron en el protocolo adicional, suscrito en París el 20 de marzo de 1952.

Ahora bien, en el artículo 25 de la referida Convención se reconoce expresamente a las personas particulares, organizaciones no gubernamentales o grupos de individuos que se consideren o pretendan ser víctimas de una violación, por parte de uno de los Gobiernos suscriptores del convenio de que se trata, de uno de los derechos reconocidos por la propia Convención, la facultad de acudir ante la referida Comisión Europea de los Derechos Humanos invocando dicho acto violatorio, y después de una serie de filtros su reclamación puede llegar, indirectamente y a través de la citada Comisión, ante la Corte Europea de los Derechos del Hombre, en la inteligencia de que hasta el 4 de julio de 1955 entró en vigor este medio de impugnación individual, y que la primera reclamación de esta especie fue resuelta por la citada Corte Europea el 14 de noviembre de 1960 ¹²⁶.

¹²⁴ Cfr. Enrique Vescovi, *Il concetto del diritto subjettivo e la realtà contemporanea*, en « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto » año XXXVIII, fascículo 5, Milano, septiembre-octubre de 1961, pp. 417 y ss.

¹²⁵ Cfr. Modesto Seara Vázquez, *El individuo ante las jurisdicciones internacionales en la práctica actual*, en el volumen « Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado » México 1962, pp. 233 y ss. Jesús Rodríguez y Rodríguez, *El derecho de acceso del individuo a jurisdicciones internacionales*, (tesis), México 1965, pp. 149 y ss.

¹²⁶ Cfr. Conseil de l'Europe, *L'Europe et la défense des droits de l'homme*, Strasbourg, 1961, pp. 22 y ss.

La mencionada Corte Europea redactó su propio Reglamento publicado en febrero de 1960, según las facultades que el otorgó el artículo 55 de la Convención respectiva, pero incurriendo en varios defectos de carácter procesal, según lo ha hecho notar agudamente Niceto Alcalá-Zamora y Castillo¹²⁷, y varias de las resoluciones del mismo Tribunal han sido consideradas por la doctrina como demasiado reticentes¹²⁸; pero a pesar de los inconvenientes señalados, propios de un sistema novedoso que empieza a abrirse paso, este medio procesal representa un adelanto y significa al comienzo de una nueva época en que los instrumentos para la protección de los derechos del hombre trascienden del ámbito nacional, de manera que además de las «garantías constitucionales», se inicia la conformación de «garantías internacionales» para los derechos humanos consagrados por documentos también de carácter internacional.

Y si el derecho europeo, que posee un mayor grado de armonización en sus ordenamientos jurídicos hasta el extremo de haber desarrollado un procedimiento de integración como el de las Comunidades Económicas, que cuentan con una Corte de Justicia que conoce de las controversias relativas a este nuevo derecho, que se ha calificado de «comunitario», Tribunal al que tienen acceso también los particulares¹²⁹, se encuentra en formación el sistema de protección procesal internacional de los derechos humanos; en Latinoamérica estamos en un estadio menos aventajado en este sentido, por una serie de factores políticos, económicos y sociales que hacen aún más difícil la adopción de la tutela internacional.

Esto no impide que se hubiese iniciado la evolución y que tal vez en un futuro no muy lejano sea posible establecer esta tutela procesal de los derechos fundamentales consagrados en las declaraciones americanas que hemos mencionado, ya que se ha proyectado, siguiendo en mucho los lineamientos del sistema europeo, el establecimiento de una Corte Interamericana de los Derechos del Hombre, y ya en la X Conferencia Interamericana celebrada en Caracas en 1954, se probó la resolución XXIX por la cual se recomendó el estudio de la posibilidad de establecer dicha Corte, habiéndose elaborado varios proyectos de Convención sobre esta

¹²⁷ *Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos*, en «Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México», N.º 40, enero-abril de 1961, pp. 89 y ss.

¹²⁸ Cfr. Egon Schwelb, *The protection of the rights of property of nationals under the first Protocol to the European Convention on Human Rights*, en «The American Journal of Comparative Law» vol. 13, N.º 4, Ann Arbor, Michigan, otoño de 1964, pp. 518-541.

¹²⁹ Cfr. entre muchos otros, Jesús Rodríguez y Rodríguez, *El derecho de acceso de los individuos a los tribunales internacionales*, cit., pp. 173 y ss.

materia, siguiendo, en términos generales, el modelo de la Corte Europea ¹³⁰.

Como primer paso práctico en este sentido se ha creado la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, de acuerdo con la resolución VII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile en Agosto de 1959; Comisión que se rige fundamentalmente por un Estatuto aprobado por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos el 25 de mayo de 1960 (reformado en el mismo año y en 1965) con funciones muy importantes de carácter consultivo, de información y de promoción, todas ellas dirigidas a lograr la efectividad de los derechos del hombre, en los términos de las disposiciones de los artículos 9.º y 9.º bis del propio Estatuto ¹³¹.

Tenemos la convicción de que dicha tutela internacional terminará por establecerse, pero no podrá tener eficacia si previamente no se desarrolla una armonización de los procedimientos internos a través de bases uniformes; requiriéndose, además de una conciencia jurídica comunitaria como la que se está logrando en Europa, y que recién se inicia en Latinoamérica a través de la incipiente Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.

Sin esta maduración previa, consideramos prematuro cualquier intento de establecer una jurisdicción internacional para proteger los derechos del hombre consagrados en las declaraciones americanas antes mencionadas, en virtud de que todavía no se ha logrado esa armonización de los instrumentos nacionales y también debido a un principio muy arraigado en la conciencia latinoamericana, que se apoya en una experiencia dolorosa en el pasado, y desafortunadamente, algunos acontecimientos recientes que contribuyen a mantenerla en su significación clásica: nos referimos al principio de la « no intervención », que en sí mismo es vital para la libre existencia de los países de la América Latina, pues como se afirma en el artículo 13 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos:

« Cada Estado tiene derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica... »

¹³⁰ Cfr. Carlos García Bauer *Los derechos humanos, preocupación universal*, Guatemala, 1960, pp. 221-225; Pedro Pablo Camargo, *La protección jurídica de los derechos humanos y de la democracia en América*, México 1960, pp. 223-334; Ann y A. J. Thomas, *The Interamerican Commission on Human Rights*, en « *Southwestern Law Journal* », vol. 20 N.º 2, Dallas, Texas, junio de 1966, pp. 282-309; Karel Vasak, *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme*, Paris 1968, pp. 175-200.

¹³¹ La referida Comisión cuenta con su propio Reglamento Interior modificado sucesivamente en los años 1961, 1962, 1966, y 1967 cfr. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documentos Básicos*, cit., pp. 9 y ss. Karel Vasak, *op. ult. cit.* pp. 222-232.

Esta desafortunada experiencia de los actos de intervención que han sufrido los pueblos latinoamericanos ha provocado un sentimiento de desconfianza hacia los organismos regionales que pudieran tener ingerencia en los asuntos internos, como lo sería una Corte Interamericana, por lo que si en teoría el principio de «no intervención» no se opone a la protección internacional de los derechos del hombre, sino que ambos aspectos pueden armonizarse¹³², en la práctica se presenta un aparente antagonismo que dificulta el establecimiento de los instrumentos internacionales de que se trata.

De manera que sólo a través de una labor lenta y constante de armonización y respeto recíprocos podrá conformarse una conciencia comunitaria que permita el establecimiento de un sistema efectivo de tutela internacional, y consideramos que el primer paso en este sentido es precisamente el de la introducción de bases uniformes, particularmente tratándose del amparo, para la protección interna de los derechos fundamentales, habida cuenta que en toda instancia ante un tribunal internacional de esta naturaleza se requiere, lógicamente, el agotamiento de los medios de protección internos, como lo establece expresamente el artículo 26 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, y se propone en los artículos 50 y 32, respectivamente, de los dos proyectos de Convención de Derechos Humanos actualmente en estudio, y en los cuales se incluye el establecimiento de la Corte Interamericana¹³³; de manera que existiendo un sistema armónico de protección interna de los derechos fundamentales, éstos servirían de un filtro eficaz a las reclamaciones por violación de los derechos consagrados en las declaraciones internacionales, llegando a la proyectada Corte Interamericana sólo las impugnaciones verdaderamente trascendentales previamente depuradas en el ámbito nacional, como se ha observado en la experiencia de los organismos europeos.

En ese futuro que apenas se avizora, de una conciencia jurídica comunitaria en América Latina, cuando se transforme en una realidad lo dispuesto por el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de que todo ciudadano latinoamericano cuente con un «procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen en perjuicio suyo algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente», hasta entonces puede pensarse en una instancia internacional y, en esa oportunidad, tenemos la firme

¹³² Cfr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, *No intervención y protección internacional de los derechos humanos*, Quito 1963, pp. 197 y ss.

¹³³ Cfr. Karel Vasak, *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*, cit., pp. 183-186, 196-198, 261.

convicción de que es también el amparo, con su experiencia centenaria, su amplitud protectora y sus flexibles principios tutelares, el que debe servir de base para la protección internacional de los derechos del hombre consagrados internacionalmente, tanto en su aspecto individual, como de carácter social.

Concluimos este trabajo con nuestra esperanza puesta en ese futuro y con la firme confianza en el desarrollo de la justicia constitucional de la libertad en las naciones de Latinoamérica, cuyos pueblos han derramado con tanta frecuencia su sangre generosa por la defensa de los derechos del hombre y de sus libertades fundamentales.

LA SUPREMA CORTE DE CEILAN

por

JOSEPH A. L. COORAY *

INTRODUCCIÓN

Por más de dos mil años en la larga historia de Ceilán, los tribunales han ocupado un lugar privilegiado en el sistema de gobierno de la isla. Una de las características predominantes del antiguo reinado Sinhales, que se mantuvo hasta la ocupación británica de Kandy, en 1815, era su sistema jerárquico de judicatura, conforme al cual no sólo tenía la Gran Corte (o *Maha Naduwa*) jurisdicción original, sino que también actuaba como cuerpo asesor del Rey.

Poco después de la ocupación británica de las Provincias Marítimas de Ceilán, la Carta de Justicia de 1801 estableció la *Suprema Corte de Justicia de la Isla de Ceilán*, al tiempo que un Poder Judicial independiente. La Suprema Corte estaba constituida por un Presidente y por otro juez designado con el nombre de Juez *Puisne*. Es muy significativo el hecho que, además de su jurisdicción normal en lo civil y lo penal, la Corte tuvo, desde sus comienzos mismos, potestad para emitir mandamientos del tipo del auto de mandamus, el auto de avocación (o de certiorari), el auto de devolución del caso¹ y el mandato de casación, dirigidos a determinadas autoridades públicas como medio de prevenir el uso excesivo o abusivo de sus facultades legales.

En virtud de la Carta de 1810 se introdujo en Ceilán el sistema inglés de *juicio por jurado*. De hecho, algunos de los principios de esta modalidad tenían ya aplicación desde mucho tiempo atrás en las cortes sinhalesas del *Maha Naduwa* y en los *Gamsabhawas*, o consejos comunales.

Por la Carta de Justicia de 1933, la Corona revocaba las Cartas anteriores sin excepción y reorganizaba el sistema judicial de Ceilán. En aplicación de la cláusula 4 de este instrumento, la totalidad de la administración de justicia, ya fuera civil como penal, quedaba bajo la jurisdicción exclusiva de los tribunales que la misma Cláusula establecía. Por ende, esta disposición disponía que en ningún caso

* Abogado, Miembro del Foro de Ceilán, de Gray's Inn, Profesor de Derecho Constitucional ante el Consejo de Educación Jurídica, Ceilán.

¹ Véase Nota 35, pág. 47.

podría ser competencia del Gobernador establecer, por ley u ordenanza, un tribunal, salvo de conformidad con las disposiciones expresas de la Carta. La Cláusula 5 establecía una Corte Suprema, que se denominaría Suprema Corte de la Isla de Ceilán.

En los términos de la Carta, la Suprema Corte sería una Corte de jurisdicción apelada para remediar todos los errores de hecho o de derecho que pudieran ser cometidos por los tribunales de distrito. Ejercería jurisdicción original para el juicio de las inculpaciones de delitos cometidos en la isla. Sus sesiones civiles o penales serían ejercidas por un juez en cada uno de los circuitos en que se dividiría la isla. Las audiencias penales se celebrarían ante un Juez y un jurado de trece hombres. La Carta daba potestad a la Suprema Corte para emitir, además de los autos que eran facultad de la Suprema Corte anterior, mandatos de *habeas corpus*, destinados a garantizar la liberación de las personas que pudieran haber sido objeto de detención ilegal o no conforme a derecho.

El poder judicial

En efecto, la Carta de Justicia de 1833 separaba el poder judicial del legislativo y del ejecutivo, entregando el mismo a la Judicatura, esto es a la Corte Suprema y los demás tribunales establecidos del país.² Otros estatutos posteriores, en particular la Ordenanza de Tribunales de 1899, mantenían la jurisdicción y el procedimiento de estos tribunales establecidos. Dicha Ordenanza dispone que en el territorio de Ceilán seguirá habiendo una corte suprema denominada Suprema Corte de la Isla de Ceilán que mantendrá su calidad de único tribunal superior.³ La Ordenanza de Tribunales declara además que la Suprema Corte disfrutará de todos los poderes, privilegios y jurisdicciones que no se encuentran específicamente mencionados en ella, pero que fueron conferidos a la misma por la Carta Real de 1833 o en cualquier fecha posterior, y que no vayan en contradicción de la Ordenanza o el Código de Procedimiento Civil.⁴ Según lo observa De Sampayo J. « La Carta (de 1833) es la base misma del sistema judicial y antecesora de la Ordenanza de Administración de Justicia de 1868, y de las actuales Ordenanzas de Tribunales de 1889, que deben ser interpretadas a la luz de esa Carta ».⁵

La concesión de la independencia de Ceilán y la puesta en vigencia de las Constituciones de 1946 y 1947 hizo necesarios ciertos cambios en los poderes legislativo y ejecutivo. En cuanto al poder judicial, en

² *La Reina v. Liyanage y otros* (1962), 64 New L.R., 313 a 350. *Liyanage y otros v. la Reina* (1965), 68 New L.R., 265 a 281.

³ Actas Legislativas de Ceilán, Capítulo 6 (6 y 7).

⁴ Sección 41.

⁵ (1915), 18 New L.R., 334 a 338.

vista de que ya había sido conferido a la judicatura y que se administraba a través de la Suprema Corte y de los demás tribunales establecidos en su actuación diaria de conformidad con la Ordenanza de Tribunales, no se veía necesidad alguna de atribuirlo de modo específico según los términos de la nueva Constitución,⁶ permaneciendo « allí donde estuviera por más de un siglo », es decir, en manos de la judicatura.⁷ Al mismo tiempo, los redactores de la Constitución tenían perfecta conciencia de la importancia de asegurar la independencia de los magistrados y de mantener la línea divisoria entre el Poder Judicial, el Ejecutivo y el Legislativo. La constitución prevé en efecto secciones separadas para cada caso: la Parte 3, bajo el título « El Poder Legislativo », la Parte 5, « El Ejecutivo » y la Parte 6, « El Poder Judicial ».⁸

Las cortes establecidas no pueden verse desposeídas del poder judicial ni éste verse disminuido en virtud de legislación ordinaria que capacite al ejecutivo para designar nuevos tribunales para el ejercicio de diversos aspectos de este poder.⁹ Por otra parte, la misma legislación no puede en caso alguno ejercer el poder judicial, atributo de los tribunales. En caso, por ejemplo, que una Ley equivalga a un juicio legislativo tendiente a infligir penas a individuos determinados y que de hecho prive a los jueces de la discreción ordinaria al respecto, la Ley puede ser declarada inválida, por tener de hecho el carácter de un ejercicio injustificable del poder judicial.

LA ORGANIZACION DE LA CORTE

Designación de los jueces

La Suprema Corte está formada por once jueces, esto es, el Presidente y otros diez magistrados denominados *Jueces Puisne*. Los jueces son designados por el Gobernador General en virtud de credenciales emitidas con el sello de autoridad pública de la Isla. Los magistrados designados a la Suprema Corte provienen de las demás categorías del Poder Judicial, como así también del Foro. Al ejercer su poder de nombramiento de magistrados a la Suprema Corte, el Gobernador General actúa previa consulta con el Primer Ministro. Hasta el presente, se puede afirmar que el sistema ha dado buenos resultados, ya que en general la opinión del Primer Ministro tiene en debida consideración la opinión de la Judicatura y del Colegio de Abogados.

⁶ *Liyanage y otros v. la Reina* (supra), 281.

⁷ *Ibid.* 282.

⁸ *The Bribery Commissioner v. Ranasinghe* (1964), 66 New L.R., págs. 73 a 74-75.

⁹ *The Bribery Commissioner v. Ranasinghe* antes citado, pág. 76. Véase también *Asiz v. Thondaman* (1959), 61 New L.R., págs. 217 a 222-223.

Algunas constituciones de la Mancomunidad disponen que los nombramientos sólo podrán hacerse previa consulta con los magistrados de la Suprema Corte. Hay quien opina que, a pesar del funcionamiento satisfactorio del sistema en vigor, el aislamiento total entre el poder judicial y el ejecutivo en materia de nombramientos requeriría lógicamente la introducción de alguna disposición similar en la Constitución de Ceilán.

La inamovilidad en el cargo y la independencia de los jueces

La Constitución dispone que un magistrado de la Suprema Corte permanezca en su cargo hasta la edad de sesenta y dos años, pero que el Gobernador General puede autorizar a un magistrado que haya sobrepasado este límite de edad a continuar en el cargo por un período no superior a doce meses.¹⁰ Esta potestad de extender la edad de retiro de los magistrados ha sido objeto de ciertas críticas, en base a que no se conforma con el principio de la independencia del poder judicial. De hecho sin embargo, dicha facultad no ha sido aplicada en el curso de los últimos años y no es muy probable que se ejerza en el futuro. Los magistrados de la Suprema Corte se mantienen en el cargo en tanto su conducta sea buena, y sólo queden ser alejados del mismo por el Gobernador General de conformidad con el Senado y la Cámara de Representantes.¹¹ En realidad la ley no establece procedimiento alguno en la disposición antes mencionada para la deposición de un magistrado, no habiéndose por otra parte registrado nunca el caso de que se haya presentado un informe tendiente a la deposición de un magistrado. Parecería sin embargo que tal informe tendría que ser leído ante la Cámara de Representantes y que se debe conceder al magistrado oportunidad de presentar sus propios argumentos.¹²

La Constitución dispone igualmente que las remuneraciones de los jueces de la Suprema Corte serán decididas por el Parlamento, con cargo al Fondo Consolidado y que en ningún caso pueden ser reducidas durante el período de oficio.¹³

COMPETENCIA Y FACULTADES DE LA SUPREMA CORTE

Los jueces de la Suprema Corte, como de hecho todo el poder judicial, tienen a su cargo la importante función de dirimir las controversias que pudieran surgir no sólo entre ciudadanos individuales, sino también entre los ciudadanos y el Estado. Si bien en teoría la Suprema Corte se limita a aplicar la ley, la experiencia de numerosos

¹⁰ s. 52(3).

¹¹ s. 52(2).

¹² Véase Keith, *Responsible Government in the Dominions*, II, págs. 1073-1074.

¹³ s. 52(4) y (6), como consecuencia, sus emolumentos no son debatidos y son votados anualmente por el Parlamento.

casos ha demostrado que, dentro de ciertos límites, también crea jurisprudencia, mediante la interpretación judicial. Las decisiones de la Suprema Corte tienen carácter obligatorio para todos los demás tribunales de la isla.

La revisión judicial: la Suprema Corte, tutela de la Constitución

Conforme a la Constitución escrita de Ceilán, el Poder Judicial, y particularmente la Suprema Corte, actúa como tutela de la Constitución. La Corte defiende la supremacía de la Constitución al declarar nulas y sin valor aquellas leyes que, aprobadas por el Parlamento, puedan ser contrarias a la Constitución. En virtud de la Sección 29(1) de la Constitución, el Parlamento tiene potestad, en los límites que dispone la Constitución, para emitir leyes tendientes a la paz, el orden y el buen gobierno de la Isla. El inciso 2 de la misma sección 29 prevé en efecto que ninguna ley podrá prohibir o restringir el libre ejercicio de una religión o creencia o modificar la constitución de un organismo religioso sin pleno consentimiento de sus autoridades o discriminar entre personas pertenecientes a diferentes comunidades o religiones. Una vez que un organismo religioso ha sido incorporado por ley, no se le podrá aplicar alteración alguna, salvo en caso de petición expresa de sus propias autoridades. El inciso 3 de la Sección 29 deja sin validez toda ley que pueda contravenir a la sección 29(2), en la medida de la contravención misma. El inciso 4 de la misma sección dispone que en ningún caso podrá presentarse para acuerdo real un Proyecto de Ley sobre enmienda o rechazo de alguna de las disposiciones constitucionales, a menos de estar endosado con un certificado del Relator de la Cámara de Representantes, en el sentido de que el número de votos en favor del proyecto no fue inferior a dos tercios del número total de miembros de la Cámara, inclusive los ausentes.

Al igual que el que fuera notable Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Marshall, en el famoso caso *Marbury versus Madison* en 1803,¹⁴ los magistrados de la Suprema Corte de Ceilán han asumido también, en la ausencia de disposiciones expresas, la potestad de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.¹⁵ En apoyo de esta facultad de revisión judicial se ha mantenido que, a menos que las cortes puedan intervenir en casos en que se comete violación de las disposiciones de la Constitución, el principio mismo de supremacía del derecho fundamental queda convertido en vana palabrería (« sounding brass or a tinkling cymbal »).¹⁶

¹⁴ 1 Cranch 137 (EE.UU.).

¹⁵ *Mudanayke v. Sivagnanasunderam* (1951), 53 New L.R. 25; *Kodokan Pillai v. Mudanayake* (1953), 54 New L.R. 433.

¹⁶ Bernard Schwartz, *American Constitutional Law* (1955), II, al citar la frase utilizada en *National Labor Relations Board v. Robbins Tire & Rubber Co.*, 161 F.2d. 798, 804 (Cir. Sto. 1947).

En el caso de impugnación de un estatuto ante la Suprema Corte, ésta examina la disposición controvertida para determinar su fondo y substancia o su naturaleza y carácter efectivos con miras a decidir si se trata de legislación *ultra vires* del marco constitucional.¹⁷ La Corte actúa igualmente en base al principio de que una legislatura carece de la facultad de hacer indirectamente lo que le está vedado por vía directa. En caso de que una legislación, encuadrada en forma de no ofender directamente una limitación constitucional del poder del Parlamento, llegue indirectamente a este resultado, la Corte la declarará *ultra vires* e írrita.¹⁸ Ahora bien, en caso de que la parte inválida de un estatuto esté, en lo que toca a su efecto, completamente separada y distinta de las demás partes y no se encuentre indisolublemente ligada a ellas, la doctrina de la separación puede muy bien ser aplicada y sólo se declarará inaplicable la parte « ofensiva ».¹⁹

Si bien la potestad de revisión judicial ha sido objeto de ciertas críticas de parte de jurisconsultos europeos en el sentido de que derivaría en un « gobierno de jueces », en Ceilán y en otros países en que la facultad existe, la Corte actúa en base a la « presunción de constitucionalidad » de la legislación parlamentaria y con un control muy estricto de su propia acción judicial. Así, ha declarado que:

La máxima *omnia praesumuntur rite esse acta* es tanto aplicable al decreto dado por una legislatura como a toda otra ley, y la Corte se abstendrá de atribuir a una legislatura motivos, propósitos o finalidades que estén fuera de los límites de su competencia. La parte que impugna un estatuto que según toda apariencia fuera emitido dentro de los límites del poder conferido, debe demostrar más allá de toda duda que el mismo fue promulgado como parte de un plan tendiente a efectuar por vía indirecta algo que el poder legislativo carece de facultades de realizar *directamente*.²⁰

Además, en el ejercicio de su facultad de revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación parlamentaria, el enfoque de la Suprema Corte obedece más a una posición positivista que intencionada o de política. Así, la Corte misma ha afirmado:

No incumbe a la Corte declarar que una ley aprobada por dos tercios del número total de miembros de la Cámara no conduce a la paz, el orden y el buen gobierno. La Corte no está capacitada para declarar inválida una ley so pretexto de que ofende el espíritu de la Constitución, aunque este espíritu no esté en parte alguna explícito.²¹

¹⁷ *Kodakan Pillai v. Mudanayake*, pág. 439. *Mudanayake v. Sivagnasunderam*, págs. 39-40.

¹⁸ *Kodakan Pillai v. Mudanayake*, pág. 438.

¹⁹ *Thambiyak v. Kulasingham* (1948), 50 New L.R., pág. 37; *La Reina v. Abeysinghe* (1955), 68 New L.R., págs. 386 a 399.

²⁰ *Kodakan Pillai v. Mudanayake*, pág. 438.

²¹ *Kariapper v. Wijesinghe* (1966), 68 New L.R., págs. 529 a 537.

Por otra parte, en lo que se refiere a la legislación acusada de efecto retroactivo, la Corte declaró:

Compartimos plenamente la aversión profunda y casi universal contra las leyes *ex post facto* en sentido estricto, esto es, contra aquellas que declaran punibles e ilegales actos que en el momento de su comisión, no se consideraban delictivos. Y no podemos negar que en esta instancia nos vemos obligados a aplicar tal ley... No nos corresponde sin embargo juzgar sobre la necesidad de la misma.²²

... En caso de que una legislación retroactiva particular sea contraria a las normas generalmente aceptadas de moral y justicia, el remedio está en manos del propio pueblo, cuyos representantes son responsables de tal legislación. No es competencia de las Cortes declarar inválidas estas disposiciones, en tanto que la legislación que las encuadra fue debidamente aprobada por el Parlamento soberano. Al poder legislativo mismo compete decidir sobre la existencia o ausencia de toda circunstancia particular, que pudiera requerir la vigencia de una legislación particular, aún si ésta pudiera estar fuera de lugar en circunstancias normales.²³

No obstante, en el ejercicio de la facultad de revisión de la acción administrativa, especialmente en los casos en que se alega restricción del imperio del derecho y de los derechos personales de los ciudadanos, la Corte se adhiere a una posición más liberal en cuanto a interpretación de la ley. Durante el caso *Bracegirdle* el Juez Abrahams afirmó:

Hemos oído el presente caso con la más cuidadosa atención, y enfoco la cuestión de la decisión que adoptaremos con el cuidado particular que los jueces deben tener en casos en que esté en juego la libertad del individuo.²⁴

Es ésta (la jurisdicción de los jueces) el único refugio que queda con frecuencia al individuo contra los actos ilegales del Ejecutivo, de altos funcionarios o, con mayor frecuencia, de funcionarios inferiores. Espero que seguirá para siempre siendo labor de los jueces la protección de los individuos en este caso.²⁵

²² *La Reina v. Liyanage y otros* (1963), 65 New L.R., págs. 73 a 84. Si bien el orden de convicción emitida por la Suprema Corte fue abrogada en apelación ante el Consejo Privado, la opinión de la Suprema Corte de que la legislación retroactiva era válida se mantuvo, rechazándose la alegación de que el Parlamento de Ceilán se veía limitado por la incapacidad de votar legislación contraria a los principios fundamentales de justicia. (*Liyanage y otros v. la Reina*, 68 New L.R., págs. 265 a 278-280. Igualmente *La Reina v. Buddharakkita Thera* (caso del asesinato de *Bandaranaike*) (1962), 63 New L.R., pág. 433.

²³ *La Reina v. Abeysinghe* (1965), 68 New L.R., 386 a 401.

²⁴ (1937), 39 New L.R., 193 a 205.

²⁵ *Idem*, en cita del magistrado Scrutton en *R. v. Superintendent of Chiswick Police Station ex parte Sacksteder* (1918), 1 K.B., págs. 578 a 589. Sobre la conveniencia de reconocer la Declaración Universal de Derechos Humanos en los Tribunales, véase T. S. Fernando: *Human Rights as a Tradition of the East*, Ceylon Daily News, Diciembre 10, 1964.

En el caso *Bracegirdle*, la Suprema Corte mantuvo la opinión de que la facultad del Gobernador de emitir una orden de arresto, detención y deportación en aplicación de la Ordenanza del Consejo de 1896 no era absoluta y sólo podría ser ejercida en el estado de emergencia previsto en el preámbulo de una Ordenanza del Consejo emitida en marzo de 1916, que enmienda la primera. La Corte mantuvo igualmente que, en Ceilán, nadie podía verse privado de su libertad salvo mediante procedimiento judicial, ordenando en consecuencia la liberación de *Bracegirdle*. En un caso más reciente, la Suprema Corte observó que el Ejecutivo debía abstenerse de poner limitaciones no basadas en razones válidas a la libertad de circulación del individuo, y que el titular de un pasaporte válido del país y de un pasaje de ida y vuelta al extranjero tenía perfecto derecho a salir de la Isla y volver a ella sin limitación alguna.²⁶

Jurisdicción penal original de la Suprema Corte

La Suprema Corte tiene jurisdicción penal original sobre todo delito o crimen cometido en el territorio de la isla. Esta jurisdicción se ejerce en las audiencias en lo penal de la Suprema Corte, celebradas de conformidad con lo prescrito por el Código de Procedimiento Penal y la Ordenanza de Tribunales. Las audiencias en lo penal de la Suprema Corte se celebran en presencia de uno de sus jueces o de un Comisionado de audiencias designado por el Gobernador General para cada uno de los cinco circuitos para la vista de las causas penales. El Presidente de la Suprema Corte escoge en primer lugar el distrito en que se propone actuar y los Jueces *Puisne* hacen su elección según antigüedad de nombramiento.

Con anterioridad o durante la celebración de las audiencias criminales de la Suprema Corte, un magistrado emite un mandato dirigido a los Fiscales y guardianes de prisión en los límites del circuito en cuestión, solicitando se le proporcionen listas certificadas de las personas inculpadas de delitos que se encuentren bajo su custodia.

Las audiencias en lo penal de la Suprema Corte se celebran ante un Juez y un jurado según el procedimiento prescrito por el Código de Procedimiento Penal. El Presidente de la Corte tiene discreción para decidir que un acusado que deba comparecer ante la Suprema Corte sea juzgado ante tres jueces y un jurado en Colombo. El derecho a juicio por jurado, contenido en la Carta de 1833, no es sin embargo una disposición firme de la Constitución y puede eventualmente ser limitado o rechazado por el Parlamento durante su legislación

²⁶ *Aseerwatham v. Permanent Secretary, Ministry of Defence and External Affairs*. Revista de la CIJ, Repertorio de Jurisprudencia (I. Weeramantry), Vol. VI, Núm. 2, págs. 358-359, per T. S. Fernando. Véase igualmente *Gooneratne v. Permanent Secretary of Defence and External Affairs and Another* (Weeramantry, sup. pág. 359).

ordinaria.²⁷ En los casos de sedición y de otros crímenes contra el Estado, el Ministro de Justicia puede disponer que el juicio sea visto ante la Suprema Corte en pleno, sin jurado.²⁸ Si un prisionero emplazado para juicio ante la Suprema Corte no se presenta ante la misma en la primera audiencia penal que se celebre después de la fecha de su emplazamiento y en la cual pudiera ser juzgado, y habiendo transcurrido el plazo de veintiun días entre la fecha del emplazamiento y la primera fecha de las audiencias, la Corte debe concederle libertad bajo fianza a menos que se presente prueba convincente en contra o a menos que el juicio haya sido postergado a solicitud del preso. Si no comparece ante el tribunal en la segunda audiencia después de su emplazamiento, (excluyendo los casos de perturbaciones mentales, enfermedad o solicitud de aplazamiento del juicio por el propio preso), el juez debe, si no hay causa suficiente en su contra, ordenar su liberación, a condición que hayan pasado seis semanas desde la clausura de la primera audiencia y seis meses desde la fecha de emplazamiento y el comienzo de la segunda audiencia. La Suprema Corte misma ha atinadamente hecho notar que estas disposiciones de la ley contienen un importante principio de tutela de la libertad de la persona, que tiene derecho a ser juzgada dentro de plazo razonable.²⁹

Jurisdicción en apelación de la Suprema Corte

La jurisdicción en apelación de la Suprema Corte se ejerce en circunstancias ordinarias sólo en Colombo. Abarca la corrección de todos los errores de hecho o de derecho que puedan haber sido cometidos por un juez de la Suprema Corte en audiencia celebrada en un circuito, por un Juzgado de Distrito, un Juzgado de Paz o un Juzgado Municipal. Si bien la Suprema Corte tiene potestad de revisar en apelación el expediente con vistas a determinar si las conclusiones a que se llegara originalmente en base a la evidencia en él contenida debe o no ser mantenida, esta jurisdicción se ejerce con cautela.³⁰

En la vista de los casos de apelación o de revisión de un tribunal original, la Suprema Corte puede afirmar, revertir, corregir o modificar todo juicio, sentencia, decreto u orden o dar instrucciones en tal sentido a la corte inferior, u ordenar se abra un nuevo juicio o audiencias suplementarias en los términos que considere conveniente. En caso necesario, la Suprema Corte puede recibir y admitir testimonio adicional o suplementario de la evidencia recogida por el juzgado de

²⁷ *La Reina v. Abeysinghe* (1965), 68 New L.R., págs. 386 a 399.

²⁸ Código de Procedimiento Penal (Actas Legislativas de Ceilán, Cap. 20, Sección 440 A.

²⁹ *De Mel v. El Procurador General* (1940), 47 New L.R., págs. 136-137. Véase también *Leon Singho v. Procurador General* (1959), 62 New L.R. 222.

³⁰ *Munasinghe v. Vidanaga* (1966), 69 New L.R., pág. 103.

primera instancia con relación a los puntos en cuestión, en la medida en que la justicia lo exija. En el ejercicio de su jurisdicción en apelación, la Corte puede — en lo que toca a los derechos sustantivos — aplicar la ley vigente durante el proceso anterior.³¹

Las apelaciones en causas civiles, con decisión dictada por un sólo juez, según lo prevé la sección 37 de la Ordenanza de Tribunales y las apelaciones de sentencias de los Juzgados de Distrito en causas civiles y penales deben ser vistas por lo menos por dos magistrados de la Suprema Corte. Las Apelaciones de los Juzgados de Instancia (Courts of Requests) y Juzgados de Paz pueden ser oídas por uno de los Magistrados de la Corte.

En caso que surja una divergencia de opinión entre dos jueces, se suspende la decisión hasta que haya al menos tres jueces presentes. Se considera que la decisión unánime de dos jueces o de la mayoría de tres en caso de opiniones divergentes es el juicio de la Suprema Corte. Todo juez de la Suprema Corte que conozca solo un caso de apelación puede reservar toda apelación o cuestión a la decisión de más de un magistrado de la Corte. La apelación o cuestión reservada debe ser dirimida por un tribunal de dos o más jueces de la Corte, constituido en virtud de orden expedida por el Presidente de la Suprema Corte. Este último puede igualmente ordenar por escrito que todo caso sometido en apelación o revisión a la Suprema Corte tendrá que ser oído por todos los jueces de la misma o por cinco o más de los jueces designados en la orden, incluyéndose a sí mismo.

Toda decisión definitiva de la Suprema Corte de Ceilán en que la cuestión debatida en apelación tenga un valor de 5000 rupias o superior, o cualquier otra decisión a discreción de la propia Corte, puede ser apelada ante el Comité Judicial del Consejo Privado. En materia penal el Consejo Privado se abstendrá de interferir a menos que se hayan cometido injusticias sustanciales o graves por negación de juicio justo o violación de los principios de justicia natural.³² Se ha mantenido la opinión de que la jurisdicción del Consejo Privado de admitir apelaciones de Ceilán no quedaba afectada por ninguno de los instrumentos que conferían la independencia, si bien el Parlamento de Ceilán tiene facultad legislativa para modificar o poner término en cualquier momento a la apelación al Consejo Privado.³³ La sección 82B (5) de la Orden del consejo (Elecciones Parlamentarias) de Ceilán, dispone que la sentencia de la Suprema Corte en cualquier apelación de un juez de elección es firme y concluyente y no da lugar a apelación al Consejo Privado.³⁴

³¹ *Nawadun Korale Corporation Stores Union Ltd. v. Premaratne* (1954), 55 New L.R., págs. 505 a 507; *Guneratne v. Appuhamey* (1906), 9 New L.R., pág. 90.

³² *King v. Attigale* (1936), 37 New L.R. 337.

³³ *Indralebbe v. la Reina* (1936), 65 New L.R. 433.

³⁴ *Senanayake v. Navaratne* (1954), 56 New L.R. 5.

Facultades Generales de la Suprema Corte

Potestad de emitir mandatos

El control gubernamental creciente sobre la vida económica del pueblo y la concesión de poderes legislativos o judiciales o las autoridades administrativas que de ello ha derivado, han acrecentado la importancia del recurso judicial de revisión de actos administrativos erróneos. Entre los remedios más populares para reparación de los abusos de los poderes administrativos se encuentran los mandatos de la Suprema Corte. Mediante este sistema de revisión, la Corte — absteniéndose de obstaculizar la libertad de la administración de desempeñar sus funciones en forma eficaz y de conformidad con su política — garantiza que los poderes conferidos a los funcionarios y organismos administrativos se apliquen de conformidad con los principios del derecho y las bases del procedimiento imparcial. Los mandatos que, en aplicación de la Ordenanza de Tribunales, puede emitir la Suprema Corte son el *habeas corpus*, el *auto de mandamus*, el *quo warranto*, el *auto de avocación (o certiorari)*, el *auto de devolución del caso*³⁵ y la *inhibitoria*. La desobediencia de cualquiera de estas órdenes implica desacato y está sujeta a penas de prisión o multa.

1. *Habeas Corpus*

Desde los orígenes mismos de la Suprema Corte, se ha considerado el mandamiento de *Habeas Corpus* como una de las más importantes medidas de tutela de la libertad de la persona. Esta orden, aplicable contra toda persona que mantenga detenida a otra sin justificación legal, tiene como objetivo asegurar la liberación del detenido de confinamiento contrario a la ley. Ya en 1864, la Suprema Corte se pronunció en el sentido que:

En el derecho de emitir mandatos de *Habeas Corpus* reside una de las funciones más sagradas conferidas al juez, y una persona tiene derecho al disfrute de su libertad, a menos que se presente de inmediato un motivo suficiente para su detención³⁶.

La potestad de emitir mandato de *habeas corpus* reside en la actualidad en la Corte, en virtud de la sección 45 de las Ordenanzas de Tribunales,³⁷ según cuyas disposiciones, la Suprema Corte o cualquier

³⁵ Esta providencia se dirige a un tribunal inferior con instrucciones de seguir adelante, de emitir un mandato o devolviendo a su jurisdicción un asunto que fuera trasladado con motivo insuficiente a la Suprema Corte por medio de un mandato. En realidad, este tipo de orden carece de gran importancia práctica en Ceilán.

³⁶ *In the matter of McSweeny* (1864) Miscelánea Jurídica 58 a 61, por el Magistrado Creasy véase también *Re Shaw* (1860-1862) *Ramanathan's Rep*, 116 a 119.

³⁷ Actas Legislativas de Ceilán, Cap. 6.

magistrado de la misma tiene autoridad, en Colombo o en cualquier otro lugar del territorio, para emitir mandatos del tipo del *habeas corpus*, para requerir la presentación ante la Corte o magistrado (a) de toda persona cuyo caso deba ser tratado conforme a derecho y (b) de toda persona detenida o confinada ilegal o irregularmente, y para ordenar la liberación o reencarcelar a la persona presentada ante el tribunal — o ver su caso conforme a derecho.

El juez tiene autoridad para ordenar al Juzgado de Distrito, al Comisionado de Demandas o al magistrado del juzgado más cercano, la realización de una encuesta e informe sobre las causas de la detención o encarcelamiento rebatidos, pudiendo igualmente disponer el confinamiento interino del compareciente. Una vez recibido el informe, la Suprema Corte o el magistrado emite una orden de liberación o reencarcelamiento del detenido o resuelve el asunto conforme a derecho.

La cuestión de si procede o no un mandato judicial en aplicación de la sección antes mencionada « para hacer comparecer ante el Tribunal el cuerpo de una persona », debe resolverse del mismo modo que lo haría un tribunal en Inglaterra.³⁸ Por medio de la emisión de este mandato, la Suprema Corte tiene facultad para controlar la legalidad de los arrestos y detenciones hechas en aplicación del derecho naval y militar ordinario.³⁹

El mandamiento de *Habeas Corpus* no constituye exclusivamente un sistema de control de la legalidad de las detenciones efectuadas por las autoridades públicas: con frecuencia se aplica a la esfera doméstica. En cuanto que la Corte tiene autoridad para emitir el mandato y tratar a toda persona conforme a derecho, en ocasiones también lo hace para determinar la tutela de menores. Al establecer esta tutela en relación con el derecho paterno, la Corte sigue los lineamientos del derecho romano-holandés que constituye el derecho consuetudinario de Ceilán y, en los casos de los sinhalenses de Kandy, musulmanes y otros comprendidos por el *Thesawalamai*,⁴⁰ por sus propias leyes personales.⁴¹ En el ejercicio de esta facultad, la Corte tiene discreción para pasar por encima del derecho fundamental de los padres de tutela de sus hijos, si ello se demuestra necesario en beneficio de los propios intereses del menor, su salud, su bienestar y su felicidad.⁴²

El Habeas Corpus no es procedente contra una orden de encarcelamiento dada por un Comisionado de audiencias u otro Juzgado

³⁸ *Gooneratnenayake v. Clayton*, (1929), 31 New L.R. 132 a 133.

³⁹ *In re W. A. de Silva* (1915), 18 New L.R. 277.

⁴⁰ El derecho personal aplicable a los Tamiles de Jaffna.

⁴¹ *In re Wappu Marikar* (1911), 14 New L.R. 225; *Junaid v. Mohideen* (1932), 34 New L.R. 141; *Walter Pereira*, *Laws of Ceylon* (1913) 116.

⁴² *Ran Menika v. Paynter* (1932), 34 New L.R.; *Ivaldy v. Ivaldy* (1956), 57 New L.R. 568. Véase también *Thompson Laws of Ceylon*, Vol. L, 214.

superior o contra la orden de encarcelamiento dada por cualquier tribunal en su propia jurisdicción, aún cuando haya tomado una decisión errónea en base a los hechos o al derecho.⁴³

Estrechamente ligada a la potestad que le concede la sección 45 de la Ordenanza de Tribunales de emitir mandatos de habeas corpus, está la facultad que le da la sección 46 de la misma ordenanza, de ordenar:

(a) que un prisionero detenido en cualquier establecimiento carcelario sea presentado ante un consejo de guerra o cualquier otro Comisionado que actúe bajo la autoridad de cualquier comisión del Gobernador-General para ser juzgado o interrogado con respecto a cualquier asunto pendiente de la jurisdicción del consejo de guerra o del Comisionado respectivamente;

(b) que un prisionero sea transferido de una a otra custodia para fines del juicio; o

(c) que el cuerpo de un procesado sea presentado como respuesta *cepi corpus* del procurador a una providencia de embargo.

El recurso de *habeas corpus* a la Suprema Corte puede ser interpuesto por la propia persona detenido o por otra en su nombre. El procedimiento toma la forma de una petición y *afidávit* exponiendo los argumentos relacionados con la detención ilegal. El *Habeas Corpus* es un *mandato de derecho* y se expedirá una vez que el recurrente haya dado prueba certificada satisfactoria a la Corte de que su detención es ilegal.⁴⁴ Se pueden dirigir solicitudes sucesivas de *habeas corpus* a cada uno de los magistrados de la Corte, que tienen la obligación de examinar la solicitud, sin que pueda afectarles el hecho de que otro magistrado haya denegado una solicitud similar.⁴⁵

2. *Auto de Mandamus*

Por medio del auto de *mandamus*, la Suprema Corte ordena a una persona o a un organismo efectuar una labor pública establecida por la ley. En virtud de este auto, la Corte puede también disponer el restablecimiento de una persona en el cargo público del que fuera ilegalmente depuesta⁴⁶ u obligar a un juzgado inferior a ejercer una

⁴³ Re Thomas Perera alias Banda (1926), 29 New L.R. 52. In re Liyane Aratchie (1958) 60, New L.R. 529.

⁴⁴ In re Liyana Aratchi (1958), 60 New L.R. 529 a 531.

⁴⁵ In re P. C. Siriwardene (1929), 31 New L.R. III.

⁴⁶ Perera v. Sockalingham Chettiar (1946), 47 N.L. Review 265 (por el cual el Secretario de un Consejo Urbano fue repuesto en el cargo); Wijesinghe v. El Alcalde de Colombo (1948), 50 New L.T. 87 (por el cual el Comisionado a la Caridad del Consejo Municipal de Colombo fuera repuesto en su cargo).

jurisdicción que se negaba a aplicar.⁴⁷ El auto de mandamus puede igualmente recusar la validez de elecciones gubernamentales nulas, siendo el procedimiento puramente especioso.⁴⁸ Si bien la Suprema Corte no emite el auto de mandamus contra funcionarios o representantes de la Corona (Gobierno) si, en virtud del estatuto de *personae designatae*, se les impone directamente una labor pública en beneficio de los ciudadanos, la Corte puede asegurar que esta labor se lleve a cabo mediante el auto de *mandamus*.⁴⁹

Aún en caso que a una persona u organismo se confiera por ley una facultad discrecional, la Suprema Corte expedirá un auto de *mandamus* para asegurar el ejercicio de la facultad discrecional por parte de la persona u organismo, en cualquier sentido que lo haga, toda vez que se den las circunstancias necesarias para su ejercicio. Si, por ejemplo se ha ejercido una facultad discrecional en base a un principio de derecho erróneo, o en forma arbitraria o según consideraciones ajenas o impropias al caso, la emisión del mandato asegurará el ejercicio adecuado del poder discrecional.⁵⁰

A diferencia del mandato de habeas corpus, la concesión del mandamus depende de la discreción de la Corte, al igual que los autos de inhibitoria, avocación y el *quo warranto*. Sin embargo, dicha discreción es ejercida según normas establecidas. Se denegará por ejemplo la providencia en casos en que la ley disponga un recurso igualmente conveniente y eficaz⁵¹ o si resultare vano o si hubiere demora o consentimiento por parte del recurrente o cuando la Corte no está convencida de la propiedad de sus motivos⁵². Por otra parte, como atinadamente lo expuso la Corte misma, se abstendrá en el ejercicio de su poder discrecional, de una excesiva suspicacia en la búsqueda de razones para no aplicar « este recurso constitucional de tanta importancia para corregir errores o vicios de administración. »⁵³

3. *Inhibitoria y auto de avocación*

Los principios que regulan la expedición de estos mandatos por la Suprema Corte son muy similares. La diferencia principal es que la

⁴⁷ Pillai v. Dewanarayana (1932), 34 New L.R. 334; Orr v. Juez de Distrito, Kalutara (1948), 49 New L.R. 204.

⁴⁸ Solicitud de un auto de mandamus con relación al delegado del Gobierno, Provincia Septentrional (1927), 28 New L.R. 323.

⁴⁹ City Motor Transit Ltd. v. Wiwesinghe (1961), 63 New L.R. 156.

⁵⁰ Re S. E. Fernando (1924), 26 New L.R. 211; Nordeen v. Chairman, Village Committee, Godapitiya (1943), 44 New L.R. 294 Wijesuriya v. Moonesinghe (1959), 64 New L.R. 180.

⁵¹ Samynathan v. Whitehorn (1934), 35 New L.R. 225; Dankoluwa Tea Estates Ltd. v. The Tea Controller (1940), 42 New L.R. 36.

⁵² Madanayake v. Schrader (1928), 29 New L.R. 389; Inasitamby v. Government Agent N.P. (1932), 34 New L.R. 33; Sumangala Maha Nayake Thero v. Registrar General (1941).

⁵³ Madanayake v. Schrader (*supra*), pág. 393.

inhibitoria se solicita en un estadio inferior, a saber, antes que un juzgado o tribunal inferior haya emitido una orden firme, mientras que el auto de avocación se utiliza para detener una orden ya dada.

Muchos son los casos en los archivos de la Suprema Corte en que ésta, mediante *inhibitoria*, ha ordenado a juzgados o tribunales inferiores no proseguir en asuntos judiciales a que han propasado los límites de su jurisdicción o de alguna manera, han actuado en forma contraria a derecho. Aún más numerosos han sido los casos en que la Suprema Corte ha ordenado, mediante auto de avocación, a tribunales inferiores presentar informes sobre procedimientos u órdenes específicos, de modo tal que la Corte pueda examinar su legalidad e invalidarlos si han excedido los límites de su jurisdicción o son contrarios a derecho de cualquier otra forma.

La Suprema Corte se basa para la emisión de estos autos en las siguientes razones:

(a) Exceso de jurisdicción. La Corte ha adoptado la opinión de que hay exceso de jurisdicción no sólo en los casos de formación ilegal o irregular de un tribunal, sino también cuando el tribunal ha ejercido su poder por un motivo impropio, de mala fe o en base a consideraciones ajenas al caso.

(b) Error de derecho evidente en el expediente.⁵⁴

(c) Denegación de justicia natural. La Suprema Corte invalida los procedimientos de un tribunal que haya sido culpable de prejuicios o aún en caso que haya habido grandes probabilidades de perjuicio del tribunal. En este aspecto, la Corte ha adoptado la norma jurídica inglesa de que « es de importancia no sólo relativa sino primordial que ne se haga meramente justicia, sino que quede evidente y fuera de toda duda que así ha sido ».⁵⁵ Ha mantenido asimismo el principio de justicia natural que ordena que cada parte debe ser debidamente notificada del expediente formado en su contra y debe tener oportunidad de ser oída con justicia y de corregir o rebatir toda declaración que haya sido hecha en perjuicio suyo ».⁵⁶ La Suprema Corte observó en múltiples ocasiones que la simple notificación de una objeción o aún la exposición escrita por una de las partes sobre los cargos elevados en su contra pueden no constituir oportunidad sufi-

⁵⁴ *Mudanayake v. Sivagnanasunderam* (1951), 53 New L.R. 25; *Hayleys Ltd. v. Crosseffe Thambiah* (1961), 63 New L.R. 248 a 257-9, por el Magistrado Tambiah.

⁵⁵ *La Reina v. Liyanage* (ante), pág. 359.

⁵⁶ Véase *University of Ceylon v. Fernando* (1960), 61 New L.R. 505; *Sharef v. Commissioner for Registration of Indian and Pakistani Residents* (1965, 67 New L.R., y *Repertorio de Jurisprudencia, Weeramantry, Revista de la CIJ, Vol. IX, No. 1.*

ciente para oír los argumentos de dicha parte, toda vez que ella misma haya solicitado una investigación.⁵⁷

La Corte emite inhibitorias o autos de avocación exclusivamente contra « aquellas personas que dispongan de autoridad judicial para dirimir cuestiones que afectan los derechos de los ciudadanos, y tienen el deber de actuar judicialmente ».⁵⁸ Si bien estos mandatos no proceden contra las personas u organismos que sólo ejercen funciones consultivas o de asesoría por estatuto, si la opinión o consejo que puedan emitir dará pie a acción concreta y pueda llegar a ser definitiva previa confirmación o sanción de una autoridad superior, dicho procedimiento puede verse sujeto a la emisión de estos mandatos. Ellos procederían, por ejemplo, en el caso de que el descubrimiento de un dato adverso contra una persona determinada por parte de un Comisionado nombrado en aplicación de la Ley de Comisiones de Encuesta pueda, conforme a la legislación en vigor, tener como efecto el que la persona en cuestión se vea privada de sus derechos cívicos.⁵⁹ La Corte puede extender estos autos aún contra tribunales internos, como por ejemplo comités de asociaciones o clubes que, según el reglamento de su organización están dotados de facultad para expulsar miembros y tienen por consiguiente el deber de actuar judicialmente.⁶⁰

En el caso del ejercicio conforme a un estatuto de una facultad discrecional por parte de una autoridad administrativa, la Corte puede emitir estos mandatos cuando considere que la autoridad tiene el deber de actuar judicialmente. Las circunstancias que motiven la procedencia de los autos dependerán de las disposiciones reglamentarias o de otro tipo bajo las cuales surgiera el conflicto.⁶¹ En los casos en que por estatuto se confiere potestad a una autoridad de tomar decisiones en base a determinados hechos, la Corte extenderá los mandatos una vez que se haya convencido de la necesidad de una investigación supletoria de los hechos y testimonios con vistas a determinar si existían motivos suficientes para la emisión de los mandatos. Se abstendrá sin embargo de examinar cuestiones de política u oportunidad. En tanto que exista el deber de actuar judicialmente, la Suprema

⁵⁷ *Vadamaradchy Hindu Educational Society Ltd. v. Minister of Education* (1961), 63 New L.R. 322; *Munasinghe v. The Auditor General* (1961), 64 New L.R. 474, 478.

⁵⁸ *Dankoluwa Estate Co. Ltd. v. the Tea Controller* (1941), 42 New L.R. 197 a 205-206, en cita del magistrado Atkin en *R. v. Electricity Commissioners* (1924), 1 K.B. 171 a 204-205. Véase también *Fernando v. The University of Ceylon* (1956), 58 New L.R. 265 a 276.

⁵⁹ *De Mel v. M. W. H. de Silva* (1949), 51 New L.R. 105; *Dias v. Abeywardene* (1966), 68 New L.R. 409.

⁶⁰ *Fernando v. The University of Ceylon* (1956), 57 New L.R. 265 a 279; *Tennekoon v. The Principal Collector of Customs* (1959), 61 New L.R. 232 a 234.

⁶¹ *Sugathadasa v. Jayasinghe and the Minister of Local Government* (1958), 59 New L.R. 457 a 466.

Corte puede incluso llegar a cuestionar la validez de una Orden dada conforme a las disposiciones de un reglamento que « mediante publicación en la Gaceta oficial, tenga fuerza de ley ». ⁶³

4. *Quo warranto*

A diferencia de las demás providencias de la Suprema Corte, el *quo warranto* fue establecido por el poder legislativo muchos años después del establecimiento de la propia Suprema Corte y sólo « después que los magistrados (de la Suprema Corte) hubieran deplorado en repetidas ocasiones el hecho de carecer de potestad para emitir este mandato y mediante el mismo poner en cuestión elecciones municipales contravertidas ». ⁶⁴ Esta providencia fue introducida en el sistema jurídico de Ceilán por medio de la Ordenanza No. 4 de 1920, que enmendaba para tal fin la Ordenanza de Tribunales.

La Suprema Corte emite el mandamiento de *quo warranto* con vistas a determinar si el detentor de un cargo público tiene legítimo derecho al mismo. Sólo se admite el mandato cuando el cargo usurpado es público y sustantivo, esto es, dotado de título independiente en contraposición con el ocupado por un delegado o funcionario empleado por decisión de otros. ⁶⁵ La Corte debe igualmente estar plenamente convencida de que la persona en cuestión ocupa efectivamente dicho cargo. ⁶⁶

En ausencia de otro procedimiento, como sería por ejemplo la petición de nueva elección, aplicable sólo con respecto a elecciones parlamentarias, la Corte emite el mandato para determinar si una persona elegida *de facto* en una elección gubernamental local, que haya asumido el cargo, tiene legítimo derecho al mismo. ⁶⁷

Exclusión o restricción de la jurisdicción supervisora de la Corte

Ciertos reglamentos han tratado de establecer la naturaleza definitiva de la acción administrativa por medio de la exclusión de la jurisdicción supervisora de las Cortes, y aún de la ejercida por la Suprema Corte mediante mandatos. ⁶⁸ Sin embargo, la Suprema Corte

⁶² *Vadamarachy Hindu Educational Society Ltd. v. Ministro de Educación* (supra) 327, por el Magistrado H. N. G. Fernando.

⁶³ *Subramaniam v. Minister of Local Government and Cultural Affairs* (1957), 59 New L.R. 254.

⁶⁴ *Piyadasa v. Goonesinghe* (1941), 42 New L.R. 339 a 342-343.

⁶⁵ *Deen v. Rajakulendram* (1938), 40 New L.R. 25 a 28; *Perera v. Amerasinghe* (1953), 54 New L.R. 477-479.

⁶⁶ *Ukku Banda v. Government Agent, Provincia Meridional* (1927), 29 New L.R. 168, 170; *Wijagoonewardene v. Kularatne* (1950), 51 New L.R. 453.

⁶⁷ *Piyadasa v. Goonesinghe* (supra); *Gunasekera v. Wijesinghe* (1963), 65 New L.R. 303.

⁶⁸ Véase por ejemplo la Ley de Escuelas Subvencionadas e Institutos Preparatorios (Disposiciones suplementarias), No. 8 de 1961, s. 9, y la Legislación Penal (disposiciones especiales), No. 1 de 1962, s. 8.

ha juzgado que, de conformidad con la legislación de Ceilán, toda persona tiene derecho de acceso a los tribunales de justicia para la determinación de sus derechos legales, aún en contra de las autoridades ejecutivas y « a nadie negarán los tribunales este derecho en tanto que se recurra a sus poderes mediante el procedimiento adecuado ». ⁶⁹

Con relación a esto, se ha debatido el dilema de si un estatuto puede abolir la jurisdicción de la Suprema Corte de emitir mandatos de *habeas corpus*, *mandamus*, *quo warranto*, avocación e inhibitoria, que le confieren las secciones 42 y 45 de las Ordenanzas de Tribunales. En la medida que el poder judicial, junto con el poder de emitir autos fue conferido a la Suprema Corte en virtud de la Carta de Justicia de 1833, y que esta facultad se mantuvo en Ordenanzas posteriores, en especial en la Ordenanza de Tribunales, parece muy dudoso que la revisión judicial de la acción administrativa por parte de la Suprema Corte pueda quedar excluida mediante la anulación de su facultad de emitir mandatos. ⁷⁰

Otras facultades de la Corte

La Suprema Corte tiene potestad de conceder amparo con miras a impedir la comisión de un daño irreparable, que pudiera ser cometido antes que la parte que pudiera solicitarlo pueda impedir efectivamente su comisión por interposición de un recurso ante un juzgado de jurisdicción original. En casos en que lo considere necesario, puede llegar a conceder amparo con sólo haber oído a una parte, y sin notificación previa a la parte contraria. ⁷¹ Aparte de estas facultades especiales que le confiere la Ordenanza de Tribunales, la Suprema Corte carece de poder inherente para conceder amparo. ⁷²

La Ordenanza de Tribunales capacita también a la Suprema Corte para admitir y reclutar como abogados o procuradores ante la Corte a personas de buena reputación y de reconocida experiencia y capacidad. Esta facultad se ejercerá conforme a las normas establecidas en la Ordenanza de constitución del Consejo de Formación Jurídica. El abogado o procurador de la Suprema Corte que haya incurrido en engaño, inconducta en el ejercicio de la profesión o delito penal podrá ser suspendido o depuesto del cargo por decisión de un tribunal compuesto por tres magistrados de la Suprema Corte.

⁶⁹ *Modera Patuwata Cooperative Fishing Ltd. v. Gunawardena* (1959), 63 New L.R. 188 a 192.

⁷⁰ Véase las dudas expresadas por el Magistrado N. N. G. Fernando en *Anthony Naide v. The Ceylon Tea Plantation Co. Ltd.* (1966), 68 New L.R. 558 a 570.

⁷¹ *Arnolis Silva v. Tambiah* (1961), 63 New L.R. 228.

⁷² *Mahamadu v. Ibrahim* (1895), 2 New L.R. 36.

La Corte puede también conocer y castigar todo desacato en contra suya o de cualquier otro tribunal que carezca de jurisdicción para imponer penas por desacato. Una vez declarado culpable, el incartado puede ser condenado a penas de prisión hasta haber purgado el desacato o por el período que el tribunal considere adecuado. Puede también ser sentenciado al pago de una multa que no excederá la suma de cinco mil rupias.

Los magistrados de la Suprema Corte, en pleno, o cinco de ellos, entre los cuales debe estar el Presidente, pueden estructurar las normas y mandatos judiciales de carácter general para resolver toda cuestión relacionada con la práctica y el procedimiento de los tribunales y con la Ordenanza de Tribunales, en tanto dichas normas y mandatos no contradigan las disposiciones de la Ordenanza de Tribunales u otra legislación vigente.

CONCLUSION

La Suprema Corte de Ceilán ocupa una posición de muy alto poder, prestigio e importancia en la vida de la nación. Ahora bien, el poder judicial no es sino una de las tres ramas del sistema democrático de gobierno de Ceilán. Como bien lo demuestran los dictámenes antes citados en el presente trabajo, la Corte no considera como parte de la función judicial el poner remedio a todo tipo de injusticia o abuso cometido en el complejo proceso gubernativo, como tampoco el introducirse en la esfera del poder legislativo.

A pesar de ello, en el seno de la compleja sociedad de Ceilán, en pleno proceso de evolución, la Suprema Corte ha llegado a ser considerada, con toda razón, como símbolo de la reconciliación entre los poderes gubernamentales en expansión constante y los derechos fundamentales que garantizan al ciudadano la ley y la Constitución. Dentro de los límites de su poder y jurisdicción, la Corte desempeña un papel dinámico como guardián de la Constitución y defensor decidido del principio de igualdad ante la justicia en el imperio del derecho.

**REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA
BASADA EN EL IMPERIO DEL DERECHO**

DECISIONES JUDICIALES DE DIVERSOS PAISES

Compiladas y anotadas por

LUCIAN G. WEERAMANTRY *

* Bachiller en Artes (Londres); abogado en ejercicio en Ceilán; individuo de la corporación de Gray's Inn; oficial letrado mayor, especialista en cuestiones asiáticas de la Comisión Internacional de Juristas.

INDICE

ENCUESTAS Y ORDENES ADMINISTRATIVAS

La Parte Perdedora en una Encuesta practicada sin Arreglo a Derecho puede iniciar una Acción Judicial antes de haber agotado los Recursos Administrativos a su Disposición.

Borja v. Moreno
(*Corte Suprema de las Filipinas*) 136

Obligación de acatar las Reglas del Derecho Natural al emitir una Orden de Detención

Lakhanpal v. « Union of India »
(*Corte Suprema de la India*) 137

Derecho a ser notificado de una Acusación y Derecho a presentar Defensa

Allegretto v. el Ingeniero Jefe del Puerto de l'Herault
(*Consejo de Estado de Francia*) 139

PRIVILEGIO DE LA CORONA

Facultades de los Tribunales en los Casos en que se invoca el Privilegio de la Corona

Conway v. Rimmer y Otro
(*Cámara de los Lores de Inglaterra*) 140

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Derecho de un Acusado Indigente a ser defendido gratuitamente por un Abogado

(*Con relación al Párrafo 3(c) del Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*)
(*Corte Suprema de Austria*) 142

Derecho a la Libertad y a la Seguridad de la Persona

Pсарas v. la Policía
(*Corte Suprema de Chipre*) 143

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

Igualdad ante la Ley

- Con relación al Reglamento 11 de la Ley de Ciudadanía de 1941*
(Corte Constitucional Federal Alemana) 145

Libertad de Expresión — Comentarios Justos

- Slim y Otros v. Daily Telegraph y Otro*
(Corte de Apelaciones de Inglaterra) 146

Restricciones a la Libertad de Prensa para permitir un Juicio Justo

- Seymour v. los Estados Unidos*
(Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica) 147

Derecho a no ser castigado mas de una vez por el mismo Delito

- Los Testigos de Jehová*
(Corte Constitucional Federal Alemana) 148

Derecho a la Ciudadanía

- Con relación al Reglamento 11 de la Ley de Ciudadanía de 1941*
(Corte Constitucional Federal Alemana) 149

Derecho a Igual Protección de la Ley

- Coleman v. Alabama*
(Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica) 149
- Jones v. el Estado de Georgia*
(Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica) 150

El Derecho de las Personas a la Integridad incluye el Derecho a no ser Molestado

- Ministerio Público y Dr. Jud v. Sra Joffre*
(Corte de Apelaciones de París) 151

Derecho a la Libertad y a la Seguridad de la Persona

- Psaras v. la Policía*
(Corte Suprema de Chipre) 152

Derecho al Secreto en las Comunicaciones y en la Correspondencia

- Stonehill y Otros v. el Honorable W. Diokno y Otros*
(Corte Suprema de las Filipinas) 153

Derecho al Secreto en las Conversaciones Telefónicas

- Katz v. los Estados Unidos*
(Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica) 154

EL PODER JUDICIAL Y LOS TRIBUNALES**Facultades de los Tribunales en los Casos en que se invoca el Privilegio de la Corona**

- Conway v. Rimmer y Otro*
(Cámara de los Lores de Inglaterra) 156

FISCALES GENERALES**La Objetividad en el Procedimiento Judicial exige que los Fiscales Generales estén libres de toda Ingerencia Ministerial**

- Consejo de Estado, Quinta Cámara v. el Ministro de Justicia*
(Corte Suprema de Turquía) 156

JUICIOS Y APELACIONES**La Opinión de un Juez, dada en su Despacho, no constituye necesariamente una Violación de la Justicia Natural**

- Michael Ahapitas v. Roc-Chik Ltd.*
(Corte Suprema de Chipre) 158

Restricciones a la Libertad de Prensa para permitir un Juicio Justo

- Seymour v. los Estados Unidos*
(Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica) 160

Derecho del Acusado a elegir su Abogado

- N. v. la República Autónoma Socialista Soviética de Dagestan*
(Corte Suprema de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia) 160

Derecho del Acusado a elegir su Abogado	
<i>Estado de Madhya Pradesh v. Shobharam</i> (<i>Corte Suprema de India</i>)	161
Derecho de un Acusado Indigente a ser defendido gratuitamente por un Abogado	
<i>Con Relación al Párrafo 3 (c) del Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos</i> (<i>Corte Suprema de Austria</i>)	162
Derecho de un Apelante a obtener sin costo para él copia de las Transcripciones de las Actas de un Juicio	
<i>Roberts v. La Vallee, alcaide</i> (<i>Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica</i>)	162
Derecho a ser enjuiciado dentro de Plazos Razonables	
<i>Premasiri v. el Fiscal General</i> (<i>Corte Suprema de Ceilán</i>)	163
Derecho a Juicio Completo y con arreglo a razón	
<i>Specht v. Patterson, Warden y Otros</i> (<i>Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica</i>)	165
Retiro de una Declaración de Culpabilidad hecha a consecuencias de haber recibido información Falsa	
<i>People v. Briggs</i> (<i>Corte Suprema de Nueva York</i>)	166

ENCUESTAS Y ORDENES ADMINISTRATIVAS**Corte Suprema de las Filipinas****LA PARTE PERDEDORA EN UNA ENCUESTA PRACTICADA SIN ARREGLO A DERECHO PUEDE INICIAR UNA ACCIÓN JUDICIAL ANTES DE HABER AGOTADO LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS A SU DISPOSICIÓN****BORJA v. MORENO**

(G.R. N.º L-16487)

En una encuesta administrativa la parte demandada, aquella en contra de quien habla sido presentada una queja, no pudo reexaminar los testigos del demandante, no pudo hacer comparecer uno de sus propios testigos ni tuvo oportunidad de presentar sus demás testigos. La forma, entonces, en que fue practicada la investigación equivalía virtualmente a una negativa de procedimiento con arreglo a derecho. Tal negativa constituye una excepción a la regla que exige agotar todos los recursos administrativos antes de poder iniciar una acción judicial ante los tribunales.

Fallo dado el 31 de Julio de 1964.

Como consecuencia de una queja presentada en contra del peticionario y que pedía la eliminación de una represa que éste había construido en su propiedad, el Secretario demandado investigó el caso, dictaminó que la represa era una molestia pública y ordenó su destrucción.

El peticionario apeló tal dictámen y la orden ante los tribunales, alegando que el demandado no le había permitido a su abogado reexaminar los testigos de la parte contraria, que había negado en forma arbitraria su solicitud de hacer comparecer uno de sus testigos y que había puesto fin a la encuesta sin darle una oportunidad para llamar a sus otros testigos. El peticionario pudo probar todas sus alegaciones y la Corte ante la cual el fallo fué apelado declaró nulos los dictámenes del demandado. Este a su vez apeló ante la Corte Suprema de las Filipinas, declarando que el peticionario no había agotado los recursos administrativos a su disposición antes de recurrir a la justicia.

La Corte Surpema decretó que la forma en que la encuesta había sido practicada equivalía, virtualmente, a haberle negado al peticionario sus derechos y que, dadas las circunstancias, el caso constituía una de las excepciones a la regla que exige que los recursos administrativos queden agotados antes de que proceda llevar un caso antes los tribunales.

Corte Suprema de India

**OBLIGACION DE ACATAR LAS REGLAS DEL DERECHO
NATURAL AL EMITIR UNA ORDEN DE DETENCIÓN**

LAKHANPAL v. « UNION OF INDIA »

(AIR 1967 Corte Suprema 1507)

La orden de detención fue dada de acuerdo con los Reglamentos para la Defensa de India (1962). El acto de emitir tal orden es casi judicial y en esto se distingue de la facultad para emitirla. Por lo tanto, tal acto debe ser ejecutado de acuerdo con las reglas de la justicia natural. En ciertos casos la revelación de cierto material en posesión del gobierno puede ser contraria a los intereses mas generales del país o ir en su detrimento. Sin embargo, tales casos son raros. La forma adecuada de remediar tales consecuencias no es negando a la persona detenida su derecho elemental a defender su caso, sino disponer un reglamento que diga que el privilegio de no presentar material en manos del gobierno puede ser invocado únicamente en casos justificados.

Ante los Jueces Sres. Hidayatullah, Shelat y Mitter.

Fallo dado el 7 de Marzo de 1967.

El prisionero fué arrestado gracias a una orden de detención con fecha 10 de Diciembre de 1965 y emitida de acuerdo con el Reglamento 30 (1)(b) del Reglamento para la Defensa de India y encarcelado en la ciudad de Nueva Delhi. El 24 de Enero de 1966 presentó una petición a la Corte Suprema, que no fué aceptada, en que impugnaba su detención, basándose en que, entre otras cosas, el Reglamento 30 (1)(b) excedía las facultades concedidas por la Ley de Defensa de India.

El 11 de Junio de 1966 el peticionario fue notificado de una nueva orden emitida por el Gobierno Central bajo el Reglamento 30 A(9) que estipulaba, entre otras cosas, que:

« tal orden de detención ha sido estudiada por el Gobierno Central y como consecuencia de tal estudio dicho Gobierno resuelve que Shri P.L. Lakhapal (el peticionario) debe seguir encarcelado para impedir que actúe en forma perjudicial a la Defensa de India y la Defensa Civil ».

El Reglamento 30 A(9) dice:

« Toda orden de detención emitida por el Gobierno Central o el Gobierno de un Estado deberá ser examinada a intervalos de no más de seis meses por el Gobierno que la emitió y como consecuencia de tal exámen el Gobierno deberá decidir si la orden debe ser mantenida o anulada ».

El peticionario solicitó un mandamiento impugnando la validez de la

primera orden de detención así como la de la segunda de fecha 11 de Junio de 1966, pero esta solicitud también fué rechazada.

El día 2 de Febrero de 1967 fué dada otra orden para que el encarcelamiento continuase. Estipulaba que «tal detención ha sido nuevamente examinada por el Gobierno Central y como resultado de dicho examen el Gobierno decide que la orden de detención contra el mencionado Lakhanpal debe ser mantenida».

El peticionario impugnó la validez de esta nueva orden diciendo que:

(1) había sido dada en forma mecánica y displicente, sin el debido estudio de todos los hechos y circunstancias del caso y (2) hacía caso omiso de la obligación del Gobierno de actuar judicialmente, la cual está implícita en las facultades que el Reglamento 30-A(9) le confiere para mantener la detención. Por lo tanto, esta función de reexamen, tanto como la decisión resultante pasan a tener una naturaleza judicial o casi judicial. (3) Iba mas allá de lo permitido por la ley que dice que el Gobierno debe decidir si la detención es la acción mínima necesaria exigida por los hechos y las circunstancias del caso y finalmente (4) había sido dada de mala fé y que sus motivos estaban inspirado mas en lo punitivo que en lo preventivo.

La Corte Suprema, al acoger la solicitud, declaró que el peticionario no había tenido oportunidad de defenderse ni de corregir ni de contradecir la evidencia en que el Gobierno tenía la intención de basarse y en la cual efectivamente reconoció haberse basado. Era fácil encontrar respuesta al argumento de que la revelación de cierto material en posesión del Gobierno iría en contra del interés nacional. En algunos casos, aun cuando raros, tal revelación quizás iría en detrimento de los intereses mas generales del país y produciría situaciones difíciles, pero la mejor manera de obviar tal consecuencia no consistía en negar el derecho elemental de defenderse a la persona que quedaría privada de su libertad, sino en crear un reglamento según el cual las autoridades puedan, en casos determinados, invocar el privilegio de no verse obligadas a hacer tales revelaciones. (Tal reglamento queda, de hecho, establecido en el Artículo 22 de la Constitución, bajo la Ley de Prevención y Detención). No parece haber razón alguna para no dictar un Reglamento así bajo la Ley de Defensa de India o su correspondiente Reglamento.

Hablando de la obligación de observar las reglas de la justicia natural la Corte Suprema declaró: «Estimamos, por lo tanto, que decir que una función, por ser ejecutiva en su origen retiene tal carácter indefinidamente sería faltar a la verdad». Además, las funciones bajo el Reglamento 30 (1)(b) y las del Reglamento 30 A(9) son distintas.

«La primera termina en cuanto se da una orden de detención, la segunda es independiente de la primera y debe ser ejercida después que la detención ha durado mas de seis meses. Si bien la función bajo el Reglamento 30 (1)(b) es ejecutiva, la creada por el Reglamento 30 A(9) es de naturaleza casi judicial y en su desempeño es preciso observar las reglas del derecho natural».

Consejo de Estado de Francia

**DERECHO A SER NOTIFICADO DE UNA ACUSACIÓN
Y DERECHO A PRESENTAR DEFENSA****ALLEGRETTO v. EL INGENIERO JEFE
DEL PUERTO DE L'HÉRAULT**

(Recueil Dalloz Sirey, 1968. 3.^{er} Cuaderno, páginas 47 a 51)

El Volumen IV del Código de Puertos Marítimos estipula que los obreros portuarios deben recibir cédulas en que se preceptúan las condiciones que rigen los servicios que deben prestar y las penas que se aplican por la violación de tales condiciones. En casos de violaciones graves la administración puede retirar tales cédulas a los obreros. El retiro de una cédula equivale a la eliminación del nombre del obrero portuario de las listas de personas autorizadas a trabajar en el puerto. Legalmente, no es posible tomar tal medida sin que la persona afectada haya sido notificada con anticipación de las razones de la acción y sin antes haberle dado oportunidad de recusar los cargos que se le hacen.

Fallo dado el 13 de Julio de 1967.

La práctica administrativa en los puertos, regida por el Volumen IV del Código de Puertos Marítimos y su enmienda por decreto del 7 de Enero de 1959 indica que el trabajo en los puertos queda encargado a los obreros portuarios profesionales poseedores de cédulas otorgadas por las autoridades portuarias. Los detentores de estos permisos disfrutaban de prioridad en la distribución del trabajo. Estos permisos son otorgados según condiciones establecidas por la administración del puerto y que los obreros se obligan a cumplir, habiendo sanción para los casos en que no sean observadas. En caso de violaciones graves la administración está facultada para retirar los permisos.

El 29 de Junio de 1964 el Ingeniero Jefe del puerto de l'Hérault ordenó que no fuesen renovadas las cédulas profesionales del peticionario y seis otros obreros portuarios a contar desde el 1.^o de Agosto siguiente, visto que su trabajo no era satisfactorio. El peticionario impugnó la decisión del Ingeniero Jefe ante el Tribunal Administrativo de Montpellier, pero éste declaró no tener competencia en la materia. Apeló entonces ante el Consejo de Estado de Francia.

El Consejo de Estado declaró que el retiro del permiso profesional, que en la realidad equivalía a tachar el nombre del obrero portuario de la lista de personas con derecho a trabajar en el puerto era algo que en circunstancia alguna podía ser legal si la persona afectada por tal decisión no había sido notificada con anticipación de las razones presentadas en su contra ni había tenido oportunidad de presentar su defensa. Este procedimiento no había sido seguido y la decisión apelada quedó anulada. En este caso se le ordenó al Estado pagar las costas tanto de la apelación como aquellas incurridas ante el Tribunal de Montpellier.

PRIVILEGIO DE LA CORONA

Cámara de los Lores de Inglaterra

FACULTADES DE LOS TRIBUNALES EN LOS CASOS EN QUE SE INVOCA EL PRIVILEGIO DE LA CORONA

CONWAY v. RIMMER y OTRO

(1968 2 Weekly Law Reports. Páginas 998 a 1053)

Cuando la Corona invoca sus privilegios en lo que se refiere a documentos cuya revelación pide una de las partes en un juicio y que reconocidamente serán decisivos para sus resultados, tales documentos deben ser hechos públicos para que el Tribunal pueda estudiarlos. Si se comprueba que su revelación no sería perjudicial para el interés público o que el perjuicio no sería tan grave como para justificar el seguir manteniéndolos secretos, debe entonces ordenarse que sean hechos públicos. La Corte debe sopesar los dos intereses en juego, es decir, los del Estado y los de la Justicia. Cuando la reputación o los bienes de un hombre se encuentran en juego, este factor debe ser confrontado con los posibles perjuicios al Estado. Será posible negar la entrega de documentos únicamente en los casos en que el posible perjuicio al estado o al servicio público llegue a ser de tal gravedad que no sea posible permitir que prevalezcan otros intereses. Los tribunales no seguirán la práctica anterior de acatar sin discusión, una invocación de privilegios y únicamente a base de la presentación de un mero certificado de un Ministro declarando que tal documento cae en una categoría de documentos que deben ser mantenidos secretos por ser esto «necesario para el buen funcionamiento del servicio público». Tales certificados pueden ser aceptados sin discusión únicamente cuando las razones aducidas por el Ministro para retener el o los documentos sean de tal naturaleza que la experiencia judicial no tenga competencia para juzgarlas.

Ante los Lores Reid, Morris de Borth-y-Gest, Hodson, Pearce y Upjohn.

Fallo dado el 28 de Febrero de 1968.

El apelante, Sr. Conway, había iniciado un período de prueba como oficial de policía el año 1963. En Diciembre de 1964 otro policía, también a prueba, había perdido su linterna eléctrica y al encontrar una en el casillero del apelante

declaró que era la suya, dando parte de ello a sus superiores. La denuncia fué investigada por el primer demandado, Sr. Rimmer, a la sazón Superintendente de las Fuerzas de Policía. El apelante aseguró que la linterna encontrada le pertenecía.

Durante la investigación el primer demandado comunicó al apelante que los informes sobre su período de prueba le eran adversos y lo instó a renunciar a su cargo, a lo cual el apelante se negó. El primer demandado presentó entonces un informe al Jefe de Policía, el que aparentemente fué enviado al Director de la Fiscalía General para que dijese si se debía o no acusar de robo al apelante. Su decisión fué dada a conocer pero poco tiempo después el primer demandado tomó parte en la presentación de una acusación de latrocinio en contra del apelante. Este fué juzgado en «Quarter Sessions» y la prueba rendida por el primer demandado constó en las actas del juicio. Al final de éste, el jurado interrumpió el procedimiento y declaró al acusado no culpable. Poco tiempo después se preparó un nuevo informe sobre el período de prueba y el apelante fué dado de baja. Este entabló entonces juicio al primer demandado por daños resultantes de una acusación mal intencionada declarando que a consecuencias de estos hechos le había sido imposible encontrar trabajo adecuado. Quedó revelada la existencia de cinco documentos. Dos informes sobre el período de prueba del apelante; un informe sobre su persona, preparado por el Centro de Formación de Policías del Distrito; el informe hecho por el primer demandado para el Jefe de Policía y el informe final sobre el período de prueba. El contenido de estos documentos no había sido puesto en conocimiento del apelante.

A pesar de que ambas partes deseaban que estos documentos fueran dados a conocer y se reconocía que tenían relación directa con el juicio, el Ministro del Interior se opuso a que así fuera, basándose en que, de los cinco documentos, cuatro (aquellos sobre el período de prueba) pertenecían a una categoría que incluía «informes confidenciales preparados por oficiales de policía para sus jefes sobre la conducta, eficacia e idoneidad para el cargo de los oficiales bajo su mando», y que el quinto (el informe del primer demandado al jefe de policía) pertenecía a la categoría de «informes de oficiales de policía a sus superiores sobre investigaciones de delitos cometidos» y que entregar estos documentos iría en perjuicio del interés público.

El asunto fué llevado ante la Corte de Apelaciones, la cual confirmó la petición de privilegio de la Corona para estos cinco documentos. El apelante se dirigió entonces a la Cámara de los Lores apelando el fallo de la Corte de Apelaciones.

La Cámara de los Lores acogió la apelación y al hacerlo hizo caso omiso de su propia opinión anterior, expresada en 1942 en el caso del desastre del submarino *Thetis*¹, y que había sido obedecida por la Corona y los tribunales desde aquella fecha.

Los Lores declararon que los documentos debían ser presentados para su inspección por parte de la Cámara y si llegaba a comprobarse que: (1) su revelación no sería perjudicial para el interés público o (2) cualquier posible perjuicio para el interés público no sería de magnitud tal que justificara su no presentación, debía ordenarse que fueran dados a conocer. Cuando el posible perjuicio al estado o al servicio público era tan grave que era imposible permitir

¹ *Duncan v. Cammell Laird & Co. Ltd.* (1942) A. C. Página 624: 58 TLR. Página 242.

que prevaleciera otro interés la negativa a entregarlos era posible, pero cuando el posible perjuicio no era tan grave, le incumbía al tribunal sopesar los intereses del estado y de la justicia. Cuando se encuentran en juego los bienes o la reputación de un hombre, debe ser esto confrontado con todo posible perjuicio al estado.

Excluyendo el caso en que las razones dadas sean tales que la experiencia judicial no esté en situación de juzgarlas, cuando el Ministro sugiere en su certificado que el documento pertenece a una categoría que no puede ser revelada, se hace evidente que la prueba justa no consiste en saber si el documento pertenece a una categoría para la cual es habitual invocar el privilegio de la Corona, sino que mas bien en saber si la retención del documento en tal categoría es verdaderamente necesaria para el buen funcionamiento del servicio público. Si en caso de duda, el tribunal estima que debe ser revelado, debe entonces examinar el documento antes de dar la orden para que sea hecho público.

En este caso era poco probable que resultaran perjuicios para el servicio público con la revelación de documentos que posiblemente serían indispensables para la buena solución del litigio.

* * *

En el pasado, un certificado dado por un Ministro en que éste declaraba que se trataba de un documento en una categoría que debía ser mantenida secreta para asegurar el buen funcionamiento del servicio público era aceptado sin discusión por los tribunales y la petición de privilegio se veía confirmada. La consecuencia de este fallo es que de ahora en adelante los tribunales podrán examinar los documentos para los cuales se ha invocado el privilegio para poder decidir, después de haber pesado los intereses en juego, ordenar que sean o no sean hechos públicos.

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Corte Suprema de Austria

DERECHO DE UN ACUSADO INDIGENTE A SER DEFENDIDO GRATUITAMENTE POR UN ABOGADO

**CON RELACION AL PARRAFO 3(c) DEL ARTICULO 6
DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

El Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que un acusado que no cuente con medios suficientes para contratar un abogado para su defensa tiene derecho a asesoría jurídica gratuita cuando los intereses de la justicia

lo exigen. El Código de Procedimiento Penal de Austria incluye una disposición similar. El principal objetivo de la disposición austríaca es darle aplicación interna a la disposición del Convenio Europeo. Las disposiciones austríacas están destinadas a darle efecto en la práctica mediante acción determinada en casos individuales.

Fallo dado el 26 de Abril de 1967.

El Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dice en su párrafo 3:

« Toda persona acusada de un delito tiene los siguientes derechos mínimos:
(c) defenderse personalmente o por intermedio de un abogado de su elección o, si no cuenta con los medios para pagar tales servicios, que éstos le sean suministrados gratuitamente cuando los intereses de la justicia lo exigen. »

El Párrafo 2 del Artículo 41 del Código de Procedimiento Criminal de Austria contiene una disposición semejante.

En este caso la Corte Suprema de Austria declaró que el objeto principal del Párrafo 2 del Artículo 41 del Código de Procedimiento Criminal es darle curso al Párrafo 3 (c) del Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dentro del marco de la estructura jurídica interna de Austria. Esta disposición del Convenio Europeo garantiza, al nivel constitucional, a un acusado indigente los servicios de un abogado defensor. El objetivo del Párrafo 2 del Artículo 41 del Código de Procedimiento Criminal de Austria es dar efecto práctico a este derecho en la forma de acción determinada en casos individuales.

Corte Suprema de Chipre

DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD DE LA PERSONA

PSARAS v. LA POLICIA

(1968) 2 J.S.C. Páginas 96 a 101

Los Artículos 8 y 11 de la Constitución de Chipre prohíben el « trato o castigo inhumanos y degradantes » y protegen « el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona ». Su propósito es proteger estos derechos humanos, derechos también garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos del cual Chipre es país firmante. En el mundo civilizado de hoy los tribunales tienen el deber y la responsabilidad de darle apoyo y vigencia a los derechos humanos aceptados universalmente. Los delitos que consten de violaciones de estos derechos cometidas por personas que ocupan cargos de autoridad deben ser por lo tanto tratados con severidad.

Ante los Jueces Sres. Vassiliades, Presidente, Triantafyllides y Josephides.

Fallo dado el 11 de Enero de 1968.

Un joven estudiante que caminaba por un camino público con algunos amigos fué obligado, en contra de su voluntad, por el apelante, un policía, a entrar en un coche de la policía. Al hacerlo este último actuaba sin una orden de los tribunales. El estudiante fué llevado enseguida en el vehículo policial a la Estación Central de Policía de la ciudad, en la puerta de la cual estuvo detenido por algunos momentos. El estudiante estaba a tal punto atemorizado que ni siquiera intentó pedir ayuda a algún otro policía o a algún pasante. El apelante condujo entonces el vehículo policial a un lugar poco frecuentado donde trató al estudiante con violencia, causándole lesiones graves. La razón de este ataque parecía ser que el estudiante había sido visto ese mismo día con una colegiala, hija de un oficial de policía. No pudo quedar en claro si el apelante había actuado por su propia cuenta o siguiendo instrucciones de sus superiores. Sin embargo, como se declaró enteramente responsable del incidente fué declarado culpable y condenado a doce meses de cárcel.

Apeló esta sentencia ante la Corte Suprema la cual rechazó la apelación y aumentó la pena a dieciocho meses de cárcel contados desde el día en que la apelación fué denegada.

Las razones por las cuales la pena fué aumentada fueron dadas por el Juez Sr. Vassiliades al leer el fallo:

« *El delito por el cual el apelante ha sido condenado merece penas de cárcel de hasta siete años, según la Sección 231 del Código Criminal (Capítulo 154). Es, además, una violación del derecho humano de la víctima a la integridad corporal, protegido por el Artículo 7 de la Constitución de la República de Chipre. Es una violación, por parte de un oficial de policía, de las disposiciones contenidas en los Artículos 8 y 11 de la Constitución que prohíben todo «trato o castigo inhumanos y degradantes» y protegen el «derecho de la persona a su libertad y seguridad». La intención de tales disposiciones es proteger estos derechos humanos ya asentados en el mundo contemporáneo gracias a acuerdos internacionales tales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos» y el pacto correspondiente de las Naciones Unidas, de los cuales Chipre es país firmante.*

«En el mundo civilizado de hoy los tribunales tienen el deber y la responsabilidad de defender y aplicar los derechos humanos aceptados internacionalmente cada vez que éstos se ven afectados o violados en las acciones judiciales presentadas para su conocimiento.

«Recordando esto, debe ahora el Tribunal decidir si la sentencia de doce meses de prisión impuesta al apelante por el Juez es a todas luces excesiva, como lo declara en su nombre su defensor; si es la sentencia adecuada a las circunstancias o si es evidentemente inadecuada.

«Es nuestra opinión que no cabe la menor duda de que tal conducta en un oficial de policía hacia un joven colegial en las circunstancias que fué cometido el delito es algo no solamente ilegal: es totalmente inaceptable. Esto debe quedar reflejado en el castigo que se imponga. Sólo las penas duras pueden contener y desalentar efectivamente los abusos de poder cometidos por oficiales de policía. En esta forma, hemos llegado a la conclusión, no sin pesar, que la pena impuesta por el tribunal que conoció el

caso es insuficiente. Nos fue muy penoso decidir aumentar la sentencia. En vista de las graves consecuencias disciplinarias, financieras y de otra naturaleza que resultarán fatalmente de la condena y la pena impuesta en este caso, hemos resuelto limitar el aumento de la pena a sólo seis meses, además de los doce ya impuestos, a contar desde hoy. Sin embargo, queremos hacer una clara advertencia de que todo delito que entrañe violaciones de los derechos humanos cometidos por personas que ocupen cargos de autoridad deberá ser tratados con mayor severidad, si no se obtiene esta vez el efecto disuasivo que se ha querido dar.»

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

Corte Federal Constitucional Alemana

IGUALDAD ANTE LA LEY

CON RELACION AL REGLAMENTO 11 DE LA LEY DE CIUDADANIA DE 1941

(2 BvR. 557/62)

No pueden ser consideradas como leyes válidas las disposiciones legales tan abiertamente en pugna con los principios de justicia que su aplicación resulta en una injusticia. El Reglamento 11 de la Ley de Ciudadanía de 1941 privaba a ciertas personas de su nacionalidad alemana por razones de raza o religión. Este Reglamento está en conflicto con el Artículo 3 de la Ley Fundamental. Su contradicción con la justicia había alcanzado proporciones tan intolerables que debía ser considerado nulo desde su comienzo. El hecho de que había estado en vigencia durante muchos años no cambiaba en nada la situación. Una injusticia creada no pasa a ser ley por el mero hecho de haber sido obedecida y aplicada.

Fallo dado el 14 de Febrero de 1968.

El Artículo 3 de la Ley Fundamental dispone lo siguiente en subsecciones:

- (1) Toda persona es igual ante la ley.
- (2) Nadie podrá verse desventajado o recibir privilegios por razones de sexo, ascendencia, raza, idioma, lugar de origen, credo u opiniones políticas o religiosas.

El Reglamento 11, dictado al amparo de la Ley de Ciudadanía del 25 de Noviembre de 1941 estaba destinado a privar ciertas clases de personas de su nacionalidad alemana por razones de raza o religión.

El Segundo Senado de la Corte Constitucional Federal Alemana declaró en este caso que este Reglamento era nulo, que no tenía valor y que aquellos afectados por él habían conservado su ciudadanía alemana. Los fundamentos de tal dictamen eran los siguientes:

Las disposiciones jurídicas de los tiempos del Nazismo no pueden ser consideradas leyes válidas cuando están tan abiertamente en pugna con los principios fundamentales de justicia que el Juez, al tratar de aplicarlas y de darles efecto legal esté administrando injusticia en vez de justicia. Este Reglamento era contrario al Artículo 3 de la Ley Fundamental y su oposición a la justicia alcanzaba proporciones tan intolerables que debía ser considerado nulo desde su comienzo (*ab initio*).

La Corte agregó que el hecho de que el Reglamento hubiese sido aplicado durante un cierto número de años no cambiaba la situación, pues la injusticia creada no pasa a ser ley por la sola razón de que ha sido obedecida y aplicada.

El resultado de este fallo es que las personas perseguidas que habían sido privadas de su nacionalidad alemana entre el 30 de Enero de 1933 y el 8 de Mayo de 1945 por razones de raza o religión siguen siendo, en principio, ciudadanos de Alemania a condición de que no manifiesten su desecho de lo contrario.

Corte de Apelaciones de Inglaterra

LIBERTAD DE EXPRESION - COMENTARIOS JUSTOS

SLIM Y OTROS v. DAILY TELEGRAPH LTD. y OTRO

Las cartas publicadas en un periódico eran indudablemente difamatorias del demandado. Sin embargo, tenían relación con un asunto que era claramente de interés público. Un ciudadano que se preocupa porque ciertos asuntos públicos andan mal debe poder tener la libertad de hacer pública una carta. Es, a menudo, la única vía para remediar ciertas situaciones. Si el asunto es de interés público y el autor de la carta dice la verdad y da su opinión sincera, tanto él como el periódico deben quedar libres de responsabilidad. Triste día sería para la libertad de expresión aquél en que las controversias sobre asuntos de interés público se vieran inhibidas por el temor de que cada palabra escrita sea sometida a un severo análisis lingüístico.

Ante el Master of the Rolls y los Jueces Sres. Diplock y Salmon.

Fallo dado el 17 de Enero de 1968.

El demandante recibió de la compañía demandada y otro indemnizaciones por difamación. La Compañía demandada apeló el fallo ante la Corte de Apelaciones, la cual, al recibir la apelación observó que el derecho a hacer

comentarios justos sobre asuntos de interés público, aunque limitado a lo local, es uno de los elementos esenciales en la constitución del derecho a la libertad de expresión, un derecho que debe ser mantenido intacto y no ser menoscabado por refinamientos jurídicos.

En este caso, el periódico « Daily Telegraph » había publicado dos cartas de un lector que, no cabía la menor duda, eran difamatorias para el demandante, pero que se referían a un asunto que era indiscutiblemente de interés público. En tales circunstancias el demandado estaría protegido si las cartas hubiesen sido comentarios justos. De lo contrario podía verse obligado a indemnizar al difamado.

Al hablar de los alcances del comentario justo y de su relación vital con la libertad de expresión, el *Master of the Rolls*, al leer el fallo principal, dijo:

« Cuando un ciudadano siente preocupación porque algún asunto anda mal, debiera tener completa libertad para « escribir una carta a los periódicos » y el periódico debiera tener completa libertad para publicar la carta. A menudo es esta la única forma para lograr cambiar una situación. El asunto debe ser de interés público. El autor de la carta debe asegurarse de la veracidad de los hechos y dar su verdadera opinión con toda sinceridad. Si estas condiciones son observadas, tanto él como el periódico estarían libres de toda responsabilidad. No debiera verse esto limitado por el temor a los juicios por difamación. »

Lord Diplock, en un fallo concordante, observó:

« Triste día sería en verdad para el derecho a la libertad de expresión aquél que viera la oposición a este tipo de controversia porque cada palabra escrita para ser leída con prisa se viera en cambio sometida a un riguroso análisis lingüístico en un tribunal de justicia. Tal como existe la Ley de Difamación actualmente, esto es difícil de evitar. »

Basándose en que las cartas eran comentarios justos sobre un asunto de interés público, Su Señoría otorgó la apelación.

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica

RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE PRENSA PARA PERMITIR UN JUICIO JUSTO

SEYMOUR v. LOS ESTADOS UNIDOS

(373 F. 2d. 629)

Una orden permanente dada por el tribunal que prohíbe tomar fotografías en relación con un procedimiento judicial en el mismo piso en que están ubicadas las salas de los tribunales. Los periodistas de los programas de televisión tomaron fotografías, violando abiertamente la orden permanente. Al ser citados por desacato a los tribunales

uno de ellos declaró que la aplicación de tal orden equivaldría a una restricción previa de la libertad de prensa. Sin embargo, se mantuvo que los intereses del decoro judicial y de un juicio justo facultaban al tribunal para dar órdenes permanentes que impusieran una restricción razonable de tomar fotografías en relación con el proceso judicial.

Quinto Circuito, 1967.

En el momento en que un acusado salía de la sala del tribunal al terminar una sesión preparatoria para un juicio que le había sido entablado, Seymour, un fotógrafo de los programas de televisión tomó fotografías del acusado y de su abogado, violando así una orden permanente dada por la Corte Federal del Distrito en el Cuarto Distrito de Tejas que prohibía el tomar fotografías en relación con todo procedimiento judicial que ocurriera en el mismo piso del edificio en que estaban ubicadas las salas del tribunal. Seymour, citado por desacato a los tribunales alegó que la aplicación de la orden tal como había sido promulgada constituía una restricción previa y anticonstitucional de la libertad de prensa.

El tribunal declaró a Seymour culpable de desacato criminal y le aplicó una multa de veinticinco dólares.

Al ser apelada esta decisión, las conclusiones del tribunal se vieron confirmadas por la razón de que los tribunales federales tienen la facultad, para poder mantener el decoro judicial y conservar el ambiente necesario a un juicio justo, de emitir órdenes permanentes que prohiban en forma razonable el tomar fotografías relacionadas con actos judiciales.

Corte Constitucional Federal de Alemania

EL DERECHO A NO SER CASTIGADO MAS DE UNA VEZ POR EL MISMO DELITO

LOS TESTIGOS DE JEHOVA

(N.º 2 BvR. 354/66 u.a.)

El Artículo 103 (3) de la Ley Fundamental estipula que nadie puede recibir pena más de una vez por el mismo delito. La persona cuya actitud de opositor en conciencia al servicio militar ha sido reconocida y que ha sido condenada y recibido sentencia por negarse a hacer un servicio que sustituya al militar no puede ser condenada y recibir nueva sentencia por negarse a ejecutar este segundo servicio. « El mismo delito » es aplicable cuando la desobediencia repetida a una citación para presentarse a un servicio sustituto está inspirada por una decisión tomada en conciencia de una vez por todas y que sigue actuando en la mente del opositor.

Fallo dado el 7 de Marzo de 1968.

El Artículo 103 (3) de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dice:

« Nadie recibirá más de una pena, según las leyes criminales generales, por el mismo delito. »

Ciertos miembros de los « Testigos de Jehová », aceptados ya como opositores en conciencia al servicio militar se habían negado a hacer un servicio sustituto y habían sido condenados y sentenciados una vez por tal negativa.

El Segundo Senado de la Corte Constitucional Federal de Alemania declaró que la segunda condena y sentencia de las mismas personas por una negativa ulterior a prestar servicios sustitutos era anticonstitucional por estar en violación del Artículo 103(3) de la Ley Fundamental.

La Corte observó que se trataba del « mismo delito », como lo menciona el Artículo 103 (3) cuando la desobediencia repetida a una citación para prestar servicio sustituto se debía a una decisión tomada en conciencia, de una vez por todas y que seguía actuando en la mente de la persona.

Corte Constitucional Federal de Alemania

DERECHO A LA CIUDADANIA

CON RELACION AL REGLAMENTO 11 DE LA LEY DE CIUDADANIA DE 1941

(Ver páginas 145-146)

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica

DERECHO A IGUAL PROTECCION DE LA LEY

COLEMAN v. ALABAMA

(389 U.S., 22)

Jamás una persona de raza negra había formado parte de un jurado de acusación y pocos o ninguno de un jurado de tribunal en el condado. Ningún negro había formado parte del Jurado de acusación que había acusado al demandado o del jurado de tribunal que lo había condenado. Estos hechos creaban un caso que a primera vista era una negativa de igual protección de la ley. Las declaraciones consistentes en decir que tal disparidad quedaba explicada por otros factores no eran suficientes para rebatir el caso prima facie.

Per Curiam.

Fallo dado el 16 de Octubre de 1967.

El acusado había alegado «exclusión sistemática» de las personas de raza negra de los jurados de acusación y los jurados de tribunal que conocieron su caso, y le fué otorgada una audiencia para que presentara evidencia en apoyo de sus declaraciones. La audiencia reveló que ningún negro había formado parte del jurado de acusación o del jurado del tribunal que lo condenó. También se indicó que hasta el momento del juicio del peticionario, ningún negro jamás había servido en un jurado de acusación en el condado, y que pocos o ninguno había servido en un jurado de tribunal. Se declaró que este testimonio de por sí constituía un caso *prima facie* de negación de igual protección garantizado por la Constitución y que el caso así probado no podía ser rebatido con una mera declaración de la Corte Suprema del Estado diciendo que la disparidad reconocida encontraba su explicación en una serie de otros factores tales como, por ejemplo, que los negros habían abandonado el condado y otros no estaban calificados para estos cargos por haber cometido delitos de menor cuantía. Tales factores eran totalmente insuficientes para rebatir el caso *prima facie* del peticionario.

En estas circunstancias el fallo de la Corte Suprema de Alabama fué anulado y el caso devuelto al tribunal para nuevo juicio con arreglo a la opinión de la Corte Suprema del país.

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica

DERECHO A IGUAL PROTECCION DE LA LEY

JONES v. EL ESTADO DE GEORGIA

(389 U.S. 24)

No es posible excluir sistemáticamente a las personas de raza negra de los jurados de acusación y los jurados de tribunal por una mera presunción de que los funcionarios públicos han ejecutado debidamente las obligaciones contraídas bajo juramento. Tal procedimiento suscita casos prima facie de discriminación. Es el Estado quien debe explicar la disparidad entre el porcentaje de negros en el rol de contribuyentes y en las listas de jurados.

Per Curiam.

Fallo dado el 16 de Octubre de 1967.

El peticionario había sido condenado por asesinato. Apeló la condena ante la Corte Suprema alegando, entre otras razones, que la exclusión sistemática de los negros de los jurados de acusación y de tribunales formados en el condado creaban un caso *prima facie* de negación de igual protección de la ley. La Corte

Suprema de Georgia confirmó la sentencia porque «... se supone que los funcionarios públicos han desempeñado bien las obligaciones contraídas bajo juramento... Vistos los testimonios presentados en este caso, no podemos suponer que los comisionados del jurado eliminaron a los candidatos a jurados por razones de discriminación racial mas bien que por sus incapacidad para el cargo ».

El peticionario apeló ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, la cual anuló el fallo de la Corte Suprema de Georgia y devolvió el caso para nuevo juicio con arreglo a la opinión dada. La Corte declaró que era del deber del Estado explicar « la disparidad entre el porcentaje de negros que figuran en el rol de contribuyentes y los que aparecen en las listas de jurados ». Por lo tanto, las presunciones de la Corte Suprema de Georgia no eran respuesta satisfactoria a la defensa del peticionario basada en la exclusión sistemática de las personas de raza negra de los jurados de acusación y los jurados de tribunal.

Nota del Editor: Ver también *Whitus v. Georgia*. 385 U.S. 545.

Corte de Apelaciones de París

EL DERECHO DE LAS PERSONAS A LA INTEGRIDAD INCLUYE EL DERECHO A NO SER MOLESTADO

MINISTERIO PUBLICO Y DR. JUD v. SRA. JOFFRE

(Gaceta del Palacio. 24 al 26 Abril de 1968)

El Artículo 311 del Código Penal francés preceptúa penas para el daño cometido intencionalmente, el ataque y la violencia hacia otras personas. El objetivo del Artículo es proteger a la persona humana y ponerla a salvo de todo atropello de su integridad. Por lo tanto, el modo en que el daño contra la integridad queda hecho, ya sea mediante fuerza física o actos de molestia es de poca importancia. La demandada acosó al médico con repetidas llamadas telefónicas hechas con gran frecuencia y a horas intempestivas, las cuales iban acompañadas de amenazas e insultos, todo lo cual tuvo por resultado destruir completamente el equilibrio mental del demandante. En tales circunstancias, había sido cometido un delito que caía bajo los términos del Artículo 311 del Código Penal.

Fallo dado el 13 de Marzo de 1968.

La Señora Joffre fué acusada ante el Tribunal del Sena de un delito según el Artículo 311 del Código Penal. Según este Artículo, toda persona que haga daño, ataque o cometa premeditadamente cualquier otro acto de violencia en contra de otra persona cuyo resultado sea la incapacidad de la persona por un período no superior a ocho días será considerada culpable de un delito penado con

encarcelamiento de no menos de dos meses ni más de cinco años y multas de 500 a 10.000 francos.

Fué posible probar en este caso que la Sra. Joffre, en varios días sucesivos en el año 1964, y tanto de día como de noche, había hecho varias llamadas telefónicas a la parte civil, el Dr. Jud, un ginecólogo que por buenas razones y ateniéndose al reglamento profesional se había negado a seguir prestándole asistencia médica. Estas llamadas telefónicas repetidas, hechas con toda regularidad y a horas intempestivas tenían como único objeto molestar al Dr. Jud. El 11 de Setiembre de 1964, entre las tres y las cinco y media de la tarde hubo en total treinta y seis llamadas desde el número de la Sra. Joffre a las dos líneas telefónicas del Dr. Jud y de su padre y el 30 de Setiembre de 1964 y el 22 de Junio de 1965 hubo veintidos y quince llamadas respectivamente.

Los expertos médicos encargados por la Corte de examinar a la Sra. Joffre opinaron que en el momento de hacer tales llamadas telefónicas se encontraba en su sano juicio según la definición del Artículo 64 del Código Penal.

El Tribunal Correccional del Sena dió su fallo en este caso el 27 de Abril de 1966, liberando a la Sra. Joffre de los cargos que se le hacían y rechazando la queja presentada por la parte civil, el Dr. Jud.

El fallo fué apelado ante la Corte de Apelaciones, la cual lo anuló y sentenció a la Sra. Joffre a cuatro meses de prisión y una multa de dos mil francos. La Corte de Apelaciones dictaminó que el Artículo 311 del Código Penal hablaba no solamente de actos que ofendían la vista sino que también de los que ofendían el oído de una persona. Podría ser que una sola llamada telefónica, inspirada por razones dolosas de por sí no constituiría un acto de violencia prohibido por el Código Penal, cuando no significaba un golpe violento y repentino para la persona que lo recibía. Sin embargo, en el caso estudiado, en que las llamadas telefónicas fueron muy frecuentes, hechas a horas intempestivas y acompañadas de amenazas e insultos a la persona, a tal punto que su equilibrio mental, originalmente normal, quedó completamente perturbado, no podía caber duda alguna de que un delito había sido cometido según el significado estipulado por el Artículo 311 del Código Penal.

La Corte estimó que el propósito del Artículo era proteger al ser humano e impedir todo atropello a su integridad. Tenía, entonces, poca importancia la forma en que tal integridad fué atropellada, ya sea por fuerza física o por molestias causadas.

Corte Suprema de Chipre

**DERECHO A LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD
DE LA PERSONA**

PSARAS. v. LA POLICIA

(1968) 2 J.S.C. Páginas 96 a 101

(Ver Páginas 143 a 145)

Corte Suprema de las Filipinas

**DERECHO AL SECRETO EN LAS COMUNICACIONES
Y EN LA CORRESPONDENCIA****STONEHILL Y OTROS v. EL HONORABLE
W. DIOKNO y OTROS**

(Funcionarios de Gobierno y Jueces)

(B N.º L - 19550)

Las órdenes de allanamiento de carácter general que no especifican un delito o delitos son nulas. No es adecuado ni apropiado hablar en forma general de violaciones de Leyes Bancarias, Arancelarias o Aduaneras, Código de Impuestos Internos y Código Penal sin mencionar una disposición o las disposiciones concretas de tales Leyes o Códigos. El confirmar la validez de tales ordenes equivaldría a eliminar totalmente uno de los derechos mas fundamentales garantizados por la Constitución de las Filipinas. Colocaría la inviolabilidad del hogar y el derecho al secreto en las comunicaciones y la correspondencia a la merced de los funcionarios que quisieran actuar según sus propios caprichos, prejuicios o inclinaciones.

Fallo dado el 19 de Junio de 1967.

A solicitud de los funcionarios demandados, los jueces demandados dieron varias ordenes de allanamiento en contra de los peticionarios y las corporaciones de las cuales eran empleados para efectuar registros en las personas de los peticionarios y en sus despachos, bodegas y residencias y apoderarse de los efectos personales que quedaron enumerados en la forma siguiente:

«Libros de contabilidad, registros financieros, facturas, correspondencia, recibos, libros de caja, diarios, carpetas, información sobre créditos, máquinas de escribir y todo otro documento o papel conteniendo información sobre transacciones comerciales, incluyendo recibos de pagos, balances, declaraciones de pérdidas y ganancias, todo lo cual era considerado motivo del delito, robado o estafado, y los frutos o resultados del delito o lo destinado a ser empleado como medio para cometer el delito, en violación de las Leyes Bancarias, Arancelarias y Aduaneras, el Código de Impuestos Internos y el Código Penal Enmendado.»

A solicitud de los peticionarios la Corte Suprema otorgó un mandamiento preliminar prohibiéndole a los demandados utilizar los efectos requisados como evidencia en ciertos juicios de deportación que habían sido entablados en contra de los peticionarios. Sin embargo, la orden fué retirada parcialmente en lo que se refiere a los papeles, documentos y efectos requisados en los despachos y las bodegas. La orden fué mantenida para los documentos y efectos encontrados y requisados en las residencias de los peticionarios.

En este juicio la Corte Suprema debía dar su fallo en varios asuntos, siendo dos de entre ellos los siguientes:

- «(1) si las órdenes de allanamiento dadas para los documentos y papeles requisados en las residencias de los peticionarios eran válidas o no; y
- »(2) de no ser válidas, si tales documentos y papeles podían ser utilizados como evidencia en contra de ellos.»

En su dictamen, la Corte Suprema observó lo siguiente:

«El confirmar la validez de estas ordenes equivaldría a eliminar completamente uno de los derechos mas fundamentales de nuestra Constitución, pues colocaría a la inviolabilidad del domicilio y el secreto en las comunicaciones y la correspondencia a la merced de los caprichos, prejuicios e inclinaciones de los funcionarios judiciales. Es precisamente este mal el que las disposiciones constitucionales quieren remediar — para poner fuera de la ley las así llamadas ordenes de allanamiento generales. No es difícil imaginarse lo que sucedería en tiempos de agitación o lucha política si el partido en el poder pensara que la minoría tenía intenciones de derrocarlo, aun cuando fuera por medios legales.»

Comentando el hecho de que las solicitudes de órdenes de allanamiento no especificaron los delitos, la Corte agregó:

«Merece destacarse que las solicitudes en este caso no llevan indicación de actos concretos cometidos por los peticionarios. Sería herejía jurídica de la peor especie el condenar a cualquiera persona por «violación de la Leyes Bancarias, Arancelarias y Aduaneras, del Código de Impuestos Internos y del Código Penal Enmendado», tal como figura en estas solicitudes sin mencionar las disposiciones concretas de dichas Leyes o Códigos.»

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica

DERECHO AL SECRETO EN LAS CONVERSACIONES TELEFONICAS

KATZ v. LOS ESTADOS UNIDOS

(389 U.S. Páginas 247 a 374)

Los agentes del F.B.I. (Oficina Federal de Investigaciones) escucharon al peticionario transmitiendo información sobre apuestas de juego mediante llamadas telefónicas inter-estatales. Las conversaciones fueron grabadas con dispositivos electrónicos. El peticionario fué condenado gracias a la evidencia así presentada. El fallo fué apelado aduciéndose que las actividades de escucha clandestina del Gobierno, sin una orden adecuada, violaban el secreto en que confiaba el peticionario al utilizar la cabina telefónica. Tal violación equivale a un «allanamiento y requisición», según los términos de la Cuarta Enmienda a la Constitución.

Esta Enmienda rige no solamente para la requisición de artículos tangibles, sino que incluye también la grabación de declaraciones hechas oralmente. En su esencia está destinada a proteger las personas más bien que los lugares. Sus alcances, por lo tanto, no pueden quedar limitados a la presencia o ausencia de una intrusión física en un lugar determinado. Una orden obtenida por el procedimiento adecuado es un requisito constitucional para la vigilancia electrónica.

Ante los Jueces Sres. Stewart, Harlan, Douglas, White y Black. El fallo fué leído por el Juez Sr. Stewart. Concurrieron los Jueces Sres. Douglas, Harlan y White y en disensión estuvo el Juez Sr. Black.

Fallo dado el 18 de Diciembre de 1967.

El peticionario fué condenado en la Corte de Distrito del Distrito Sur de California por comunicar información sobre apuestas de juego por vía telefónica desde Los Angeles a Miami y Boston, violando así el Estatuto Federal. La evidencia presentada en el juicio tomó la forma de fines de conversaciones que habían sido escuchadas por los agentes del FBI, los cuales habían conectado un dispositivo de escucha electrónico y grabación al exterior de la cabina telefónica desde la cual se hacían las llamadas. La condena fué confirmada por las Corte de Apelaciones de los Estados Unidos que opinó que no procedía declarar violación de la Cuarta Enmienda pues no había habido intrusión física en el lugar ocupado por el peticionario.

Al pedírsele un mandamiento de *certiorari* para la Corte de Apelaciones, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró:

- (1) Las actividades de escucha indiscreta del Gobierno, sin orden apropiada violaban el secreto en el cual el peticionario justificadamente confiaba al utilizar la cabina telefónica y constituía, por ende, un « allanamiento y requisición » según los términos de la Cuarta Enmienda. Rige ésta no solamente la requisición de artículos tangibles, sino que también es extensiva a la grabación de declaraciones hechas oralmente. En su esencia, está destinada a proteger a las personas y no a los lugares y por lo tanto sus límites no quedan establecidos por el hecho de haber o no intrusión física en un lugar dado; y
- (2) está muy en claro que la vigilancia en este caso estaba tan estrechamente definida que un magistrado debidamente autorizado; debidamente notificado de la necesidad de tal investigación; especialmente informado de la forma en que se procedería y claramente notificado de exactamente qué tipo de intrusión sería, podría haber dado la autorización previa sin salirse de los límites constitucionales. A pesar de todo esto, no se siguió el procedimiento de solicitar una orden del juez, requisito constitucional indispensable para practicar la escucha electrónica.

EL PODER JUDICIAL Y LOS TRIBUNALES**Cámara de los Lores de Inglaterra****FACULTADES DE LOS TRIBUNALES EN LOS CASOS
EN QUE SE INVOCA EL PRIVILEGIO DE LA CORONA****CONWAY v. RIMMER y OTRO**(1968. 2 Weekly Law Reports. Páginas 998 a 1053)
(Ver Página 140)***FISCALES GENERALES*****Corte Suprema de Turquía****LA OBJETIVIDAD EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL
EXIGE QUE LOS FISCALES GENERALES ESTEN LIBRES
DE TODA INGERENCIA MINISTERIAL****CONSEJO DE ESTADO, CUARTA CAMARA
v. MINISTRO DE JUSTICIA**

(E.1966/31 - K.1967/45, publicado en la Gaceta Oficial del 18 de Abril de 1968)

La Constitución de Turquía garantiza la independencia del Poder Judicial. Incluye también un artículo que permite la disposición de garantías para los fiscales y el desempeño de sus obligaciones. El Ministro de Justicia, asegurando actuar al amparo de ciertas disposiciones adoptadas bajo este artículo ordenó el traslado de un fiscal a otro punto del país. Las disposiciones bajo las cuales declaraba estar actuando fueron declaradas ilegales por cuanto el derecho a nombrar y destituir fiscales quedaba entregado al Ministro de Justicia. La consecuencia de esta decisión no fué darle a los fiscales la misma inmunidad que a los jueces sino asegurar la objetividad en la administración de la justicia. Un ministro, que es una figura política, facultado para nombrar y destituir fiscales a su libre arbitrio estaría en violación del espíritu de la Constitución, que exige objetividad en la administración de la justicia. El fiscal tiene un papel importantísimo en el sistema penal de

Turquía pues es el único que puede acusar a un criminal ante los tribunales. Por lo tanto, debe tener plena libertad para decidir donde debe entablar la acción judicial o pedir al juez absolución o condena al final de un juicio. Tal libertad se vería seriamente comprometida si el derecho a trasladar un fiscal quedara entregado al criterio de una personalidad política. Tal situación permitiría a un ministro, cada vez que una medida tomada por un fiscal no le pareciera bien, destituirlo y reemplazarlo con otro más de acuerdo con sus ideas. Si tal cosa se permitiera, la imparcialidad y la objetividad en la justicia dejarían de ser posibles.

Fallo dado el 18 de Diciembre de 1967.

La Constitución de Turquía incluye disposiciones muy claras acerca de la independencia de los jueces y de los tribunales. Ningún organismo, autoridad, entidad o persona puede dar ordenes o instrucciones a los tribunales o a los jueces acerca de su jurisdicción o facultades, ni pueden enviar cartas con directivas acerca de ello. El nombramiento, destitución y otros asuntos conexos correspondientes al Poder Judicial son asuntos decididos por un Alto Consejo de Jueces. De hecho, el dispositivo judicial funciona de acuerdo con las disposiciones de la Constitución.

Pero además de estas garantías claras y bien definidas para la independencia de los jueces y de los tribunales, la Constitución tiene un artículo (el 137) sobre la situación de los fiscales de los tribunales. Según este artículo, «un estatuto estipulará las disposiciones de garantías para los fiscales en asuntos relacionados con sus personas y el desempeño de sus obligaciones».

El Ministro de Justicia, declarando actuar al amparo de esta disposición, trasladó al fiscal Sr. M. Feyyat a otro punto del país. El fiscal acudió al Consejo de Estado declarando que su traslado y la disposición de la ley según la cual había sido trasladado eran ambas anti-constitucionales. El Consejo de Estado dió traslado del asunto a la Corte Constitucional.

En nombre del Consejo de Estado se alegó que la idea de que en un juicio un juez era imparcial pero que en cambio el fiscal era una de las partes no tenía fundamento. Mientras no hubiese conflicto personal en el asunto no podía pensarse que un fiscal fuera parte en una acción judicial. Tanto los jueces como los fiscales eran funcionarios públicos con obligaciones concretas. Un fiscal era, ante todo, la persona a cargo de presentar acusaciones criminales. La ley de procedimiento penal estipula que la obligación de iniciar una acción criminal incumbe al fiscal. Esto significa que, por regla general, el fiscal general es el único funcionario del gobierno con autoridad para iniciar un juicio criminal. Si no lo hace, algún delito quedará sin castigo. Es por lo tanto indispensable, para los intereses de la administración de la justicia, que los fiscales sean independientes. De hecho, la intención del Artículo 137 de la Constitución era darles tal independencia.

La Corte Constitucional estudió las disposiciones impugnadas y declaró que eran anticonstitucionales por cuanto entregaban al Ministro de Justicia el derecho a nombrar y destituir fiscales. Declaró además que tales disposiciones quedarían sin efecto a contar desde el 18 de Junio de 1968, es decir, seis meses después de rendido el fallo.

La razón para privar de efecto a esta ley solamente seis meses después de haberse dado el dictamen radicaba en la necesidad de dar el tiempo necesario para la promulgación de la nueva ley que reemplazaría aquellas disposiciones declaradas anticonstitucionales.

Esta decisión no intentaba darle a los fiscales la misma inmunidad de que disfrutaban los jueces. Se trataba más bien de asegurar la objetividad en la administración de la justicia. Se pensó que si un ministro podía contar con la facultad de nombrar y destituir libremente a los fiscales se crearía una situación en conflicto con el espíritu de la Constitución, que era la objetividad en la administración de la justicia.

La Corte estuvo de acuerdo en que en el sistema penal de Turquía el fiscal tiene un papel importantísimo pues es el único que puede llevar una acusación criminal ante los tribunales. El Ministro de Justicia puede pedirle a un fiscal que investigue cualquier asunto, pero debe éste poder tener plena libertad para decidir si debe presentar la acusación ante un tribunal o, si su criterio se lo indica, pedir al juez absolución o condena al final del juicio. La Corte Constitucional estimó que esta libertad de los fiscales se vería en peligro si el derecho de destitución o traslado quedaba librado al criterio de una persona política. Se estimó que una situación tal permitiría a un ministro a quien no le pareciera bien una medida adoptada por un fiscal, el destituirlo o trasladarlo y nombrar en su lugar un fiscal dispuesto a seguir su línea. Esto produciría una situación en la cual la imparcialidad y la objetividad en la administración de justicia ya no sería posible.

JUICIOS Y APELACIONES

Corte Suprema de Chipre

LA OPINION DE UN JUEZ DADA EN SU DESPACHO NO CONSTITUYE NECESARIAMENTE UNA VIOLACION DE LA JUSTICIA NATURAL

MICHAEL AHAPITAS v. ROC-CHIK LTD

(1968) 3 J.S.C. Páginas 147 a 149

El apelante, demandante en un juicio civil, prestó su principal testimonio en el tribunal. Después de ello hubo una discusión en los despachos del Juez con vistas a un arreglo directo. Se dijo que durante la discusión el juez había expresado una opinión acerca de la verosimilitud de lo dicho por el apelante. Al hacerlo, el Juez no se refería en modo alguno al comportamiento del apelante en el banquillo de los testigos, sino que indicó que en vista de la correspondencia existente sería difícil creer en gran parte de la versión que dió de los hechos. Cuando la discusión no

dió los resultados esperados, la audiencia continuó en tribunal abierto sin que el abogado del apelante haya objetado oficialmente la parcialidad del juez. Las partes rindieron sus pruebas y se siguió el procedimiento acostumbrado. El Juez reservó su opinión y dió su dictámen tres semanas después en tribunal abierto. La demanda y la contra-demanda habían sido bien estudiadas y la evidencia debidamente analizada. Nada en el juicio apoyaba el alegato de violación de las reglas de justicia natural. La costumbre de los abogados de presentar certificados juramentados en apoyo de la demanda de sus clientes es indeseable y debiera ser condenada.

Ante los Jueces Sres. Vassiliades, Triantafyllides y Josephides.

Fallo dado el 12 de Enero de 1968.

Este caso consistía en una apelación del fallo dado en una Corte de Distrito en Nicosia que concedía a la compañía demandada el valor de los bienes vendidos y entregados y rechazaba una contrademanda presentada por el apelante.

La apelación fué aceptada basándose en que el Juez que había tomado conocimiento del caso había violado las reglas de la justicia natural al dar una opinión acerca de la verosimilitud de lo dicho por el apelante después de haber oído su prueba principal y antes de que el juicio llegara a su término.

El abogado del apelante presentó un certificado juramentado diciendo que después del examen principal de su cliente hubo una reunión en los despachos del Juez con vistas a encontrar un arreglo directo al litigio y que durante esta reunión el juez dió su opinión acerca de la verosimilitud de lo dicho por el apelante.

Al comentar la práctica según la cual los abogados presentan certificados juramentados en apoyo de sus clientes, el Juez Sr. Vassiliades, quien fué el que dió la opinión de la Corte en este caso, dijo que la Corte Suprema en más de una ocasión había deplorado la práctica de presentar tales certificados. Las razones por las cuales estos certificados eran indeseables, al menos que fueran totalmente indispensables, eran tan obvias que no era necesario repetirlas. Tales razones quedaban demostradas una vez mas en este juicio.

Comentando sobre las alegaciones presentadas en contra del Juez, observó que éste no se había referido a la verosimilitud de lo dicho por el testigo después de ver su comportamiento sino que sencillamente indicó que la correspondencia existente haría difícil creer en la mayor parte de su versión de los hechos; lo hizo en su despacho y durante una reunión celebrada para tratar de lograr un acuerdo. Cuando esta reunión no consiguió su objetivo la audiencia continuó como antes en tribunal abierto sin que el abogado del apelante haya formulado objeciones oficiales basándose en una actitud parcial del Juez. Las partes llamaron a sus testigos y se dirigieron al tribunal como de costumbre. El Juez reservó entonces su juicio *sine die* y leyó su fallo tres semanas después en tribunal abierto. Tanto la demanda como la contrademanda fueron estudiadas cuidadosamente y la evidencia presentada fué analizada y evaluada debidamente. Nada había en el fallo que pudiera corroborar la acusación de irregularidad.

Por todas las razones citadas la Corte se formó la opinión unánime de que la apelación no tenía mérito alguno y la rechazó, con costas.

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica

**RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE PRENSA PARA
PERMITIR UN JUICIO JUSTO****SEYMOUR v. LOS ESTADOS UNIDOS**

(Ver página 147)

**Corte Suprema de la República Socialista
Federativa Soviética de Rusia****DERECHO DEL ACUSADO A ELEGIR SU ABOGADO****N. v. LA REPUBLICA AUTONOMA SOCIALISTA
SOVIETICA DE DAGESTAN**

(Sotsialisticheskaya Zakonnost N.º 3, 1968)

N. se vió negada la autorización para encargar su defensa a M., abogado de su elección. No se dieron razones objetivas para tal negativa, la cual equivalía a una violación burda de los derechos del acusado en su defensa. El Código de Procedimiento Penal de la República Federativa Socialista Soviética de Rusia impone al investigador, al fiscal y al tribunal el deber de garantizar los derechos del acusado a su defensa, cual derecho incluye el de contar con la ayuda de un abogado elegido por él. El investigador tiene la obligación de explicar al acusado la naturaleza y los alcances de este derecho antes de la investigación y antes del juicio.

Fallo hecho público el 6 de Marzo de 1968.

N. en el ejercicio de su derecho a elegir su abogado presentó una petición a la Corte Suprema de la República Autónoma Socialista Soviética de Dagestan para que su defensa quedara encargada a M. el abogado de su elección. Declaró en su petición que el acuerdo sobre su defensa quedaría concertado por sus parientes con la colectiva de abogados de la ciudad de Makhachkali. No obstante el hecho de que los parientes de N. depositaron dentro del plazo establecido los honorarios necesarios para su defensa por el abogado M., el Colegio de la Corte Suprema de la R.A.S.S. de Dagestan negó la autorización a N. de valerse de los servicios de M., abogado de su elección y le encargó la defensa al abogado D.

El acusado apeló entonces ante la Corte Suprema de la República Federativa Socialista Soviética de Rusia, la cual anuló el fallo dado en el caso de N. basándose en que la negativa de permitirle al acusado ser defendido y representado por un abogado de su preferencia era un atropello burdo de los derechos del acusado con respecto a su defensa. La Corte también dictaminó

que no existía razón objetiva alguna que impidiese a la Corte permitir que el acusado fuese defendido por el abogado M. y que tal negativa constituía una violación de los Artículos 48 y 251 del Código de Procedimiento Penal de la República Federativa Socialista Soviética de Rusia. Estos Artículos cuentan entre sus disposiciones una que impone al investigador, al fiscal y al tribunal la obligación de garantizar al acusado su derecho a defensa, derecho que incluye el derecho a verse defendido por un abogado de su elección.

Y. Stetsovsky comenta este fallo en Sotsialisticheskaya Zakonnost (Legalidad Socialista) N.º 3 de 1968 e indica que un investigador tiene la obligación de explicar al acusado la naturaleza y los alcances de su derecho a los servicios de un abogado defensor tanto durante la investigación del delito como durante el juicio.

Notal del Editor: La Unión Soviética es una federación de quince repúblicas centrales y veinte repúblicas autónomas, lo cual da un total de treinta y cinco repúblicas socialistas soviéticas. De estas treinta y cinco, treinta y cuatro son estados unitarios y uno, la República Federativa Socialista Soviética, es estado federal. Cada república unitaria tiene una Corte Suprema, cuyos fallos en ciertos casos pueden ser apelados ante la Corte Suprema de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. En el caso de la República Federativa Socialista Soviética, la única república federal, es posible apelar ante las Cortes Supremas de sus distintas unidades estatales y los fallos de éstas, en última instancia, ante la Corte Suprema de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Corte Suprema de India

DERECHO DEL ACUSADO A ELEGIR SU ABOGADO

ESTADO DE MADHYA PRADESH v. SHOBHARAM

(A.I.R. 1966. Corte Suprema, página 1910)

El derecho a ser defendido por un abogado elegido por sí mismo no está limitado a los juicios en que el acusado puede incurrir en una pena de muerte o encarcelamiento. Si el acusado puede incurrir en una pena cualquiera debe poder disfrutar plenamente de este derecho. El derecho de la persona no desaparece si ésta es dejada en libertad bajo fianza.

La Cláusula (1) del Artículo 22 de la Constitución India estipula entre otras cosas que:

«Nadie se verá privado del derecho a consultar un abogado de su elección y a ser defendido por él.»

El Artículo 21, que habla de la protección de la vida y la libertad personal dispone que:

«Nadie se verá privado de su vida o libertad personal salvo cuando ello resulte del procedimiento creado por la Ley.»

En este caso se alegó que el derecho conferido por el Artículo 22 debiera recibir una interpretación limitada debido a que el Artículo 21 está relacionado con la privación de vida o libertad.

Sin embargo, la Corte Suprema dictaminó que no había razón para restringir la interpretación del derecho a ser defendido por un abogado de su elección, como tampoco para decir que este derecho quedaba limitado a juicios en que el acusado podía incurrir en una pena de muerte o verse privado de su libertad con una sentencia de cárcel por un período determinado. La Corte declaró que si una persona se encuentra en situación de verse imponer una pena aflictiva, cualquiera que sea, o un encarcelamiento por poco tiempo, debe poder disfrutar del derecho a ser defendido por un abogado. La Corte agregó que el derecho no desaparecía al quedar la persona en libertad bajo fianza.

Corte Suprema de Austria

**DERECHO DE UN ACUSADO INDIGENTE A SER DEFENDIDO
GRATUITAMENTE POR UN ABOGADO**

**CON RELACION AL PARRAFO 3(c) DEL ARTICULO 6
DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

(Ver página 142)

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica

**DERECHO DE UN APELANTE A OBTENER SIN COSTO
PARA EL COPIA DE LAS TRANSCRIPCIONES DE
LAS ACTAS DE UN JUICIO**

ROBERTS v. La VALLEE, ALCAIDE

(389 U.S. 40)

La aplicación de un estatuto del Estado de Nueva York que ordena cobrar una suma por la transcripción de las actas de un juicio a una persona indigente, trátase de un apelante o un peticionario, equivale a una negación del derecho a igual protección de la ley. Crea una diferencia en el acceso a los instrumentos necesarios para vindicar derechos legales. Tal diferencia, basada en la situación financiera del solicitante es contraria a la Cláusula de Igual Protección de la Décimacuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Per Curiam.

Fallo dado el 23 de Octubre de 1967.

El peticionario, persona indigente, fué acusado en un tribunal de Nueva York de robo, latrocinio y ataque a otras personas. Presentó una solicitud pidiendo copia gratis de la transcripción de las actas de una audiencia preliminar pero ésta fué denegada. Un estatuto del Estado de Nueva York dispone que tales transcripciones deben ser proporcionadas a cambio de cierta suma. El peticionario fué sentenciado, su condena fué confirmada, la Corte de Apelaciones negó la apelación y la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó la petición de un mandamiento de certiorari.

De ése momento en adelante, en cada audiencia el peticionario planteó el problema constitucional creado por la negativa de darle una transcripción. Su petición ulterior de un mandamiento de habeas corpus fué negado por la Corte de Distrito. Después de esto, en *People v. Montgomery*¹ la Corte de Apelaciones de Nueva York mantuvo que el requisito estatutario de exigir pago por una transcripción a un indigente constituía una negación del derecho a igual protección de la ley.

La Corte Suprema, basándose en la doctrina Montgomery otorgó una segunda petición de un mandamiento de certiorari y declaró que el resultado de la aplicación del estatuto de Nueva York era crear diferencia en las posibilidades de acceso a los instrumentos necesarios para vindicar derechos legales. Esta diferencia, debida a la distinta situación financiera de los litigantes era contraria a la Cláusula de Igual Protección de la Décimacuarta Enmienda.

Corte Suprema de Ceilán

DERECHO A SER ENJUICIADO DENTRO DE PLAZOS RAZONABLES

PREMASIRI v. EL FISCAL GENERAL

(S.C. Appln. 401 de 67/MC, Colombo 37693/C)

La Sección 31 de la Ordenanza del Tribunal dispone la posibilidad de dar libertad bajo fianza a las personas que no hayan sido enjuiciadas en las audiencias en lo criminal que sigan a su arresto. Esta disposición se basa en el importante principio de protección a la libertad de la persona. La libertad es un importante derecho personal del cual deben disfrutar todos los que viven en comunidades en que impera el derecho. Puesto que el mantener a una

¹ 18 N.Y. 2d. 993, 224 N.E. 2d. 730 (1966). Ver también *Long v. el Tribunal de Distrito de Iowa*, 385 U.S. 192 y Repertorio de Jurisprudencia, Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Volúmen VIII N.º 2 (Número especial sobre Derechos Humanos. Parte I, Diciembre de 1967, páginas 167 y 168.

persona en custodia a la espera del juicio es una violación de tal derecho, los tribunales deben mantenerse vigilantes y cerciorarse de que tales restricciones se mantengan dentro de los límites establecidos por la ley. El propósito de la Sección 31 es impedir el encarcelamiento de personas que esperan juicio por períodos injustificados. La persona tiene derecho a ser enjuiciada dentro de plazos razonables. La libertad del individuo no es un «slogan» sino que un valioso derecho de todo ciudadano. Los tribunales deben vigilar y no permitir que sea suspendido sin justificación.

Ante los Jueces Sres. T. S. Fernando, Sirimane y Siva Supramaniam.

Fallo dado el 26 de Noviembre de 1967.

Las razones fueron dadas el 5 de Diciembre de 1967.

Una acción judicial fué iniciada ante el Tribunal de Magistrados de Colombo en contra del apelante y tres otros por una denuncia de asesinato. Después de la encuesta, el Magistrado, el 18 de Febrero de 1967 decidió que el apelante debía ser juzgado por la Corte Suprema, pero dejó en libertad a los otros tres acusados.

Después del 18 de Febrero se celebraron, en el Circuito Occidental, dos períodos de audiencias en lo criminal. Uno comenzó el 20 de Marzo y el segundo el 10 de Junio de 1967. Después de esto, el período ordinario comenzó el 12 de Octubre de 1967. El apelante temía que su juicio no llegaría a ser visto ni siquiera durante este último período pues aún cuando habían transcurrido nueve meses desde que se le había acusado, no había recibido aún una copia de la notificación de acusación. Había estado en total detenido durante mas de trece meses y mantenía que en tales circunstancias tenía derecho, bajo la Sección 31 de las Ordenanzas del Tribunal, a ser puesto en libertad bajo fianza.

La parte correspondiente de la Sección 31 dice así:

«Una persona detenida para ser juzgada por la Corte Suprema por un delito debe ser enjuiciada durante el primer período de audiencias en lo criminal después de su detención, y que sea donde le corresponda ser juzgado (siempre que hayan transcurrido mas de veintidós días entre el día del arresto y el primer día del período de audiencias). De lo contrario, el Tribunal, o cualquiera de sus jueces lo podrá dejar en libertad bajo fianza, a menos que haya buenas razones para no hacerlo o que el juicio haya sido aplazado a petición del propio acusado.»

El Presidente de la Corte Suprema, Juez Sr. T. S. Fernando al leer el fallo de la Corte en que accedía a la petición de libertad bajo fianza del prisionero, citó, con su aprobación, un juicio anterior de la Corte Suprema en el cual se decía que la Sección 31 contenía un importante principio para la libertad del individuo, el cual tiene el derecho a ser juzgado dentro de plazos razonables. Observó que la libertad del individuo era el derecho personal mas importante de que se disfruta en las comunidades en que impera el derecho y que visto que la detención a esperas del juicio era una violación de este principio, los tribunales deben mantenerse siempre vigilantes para que estas acciones queden limitadas a lo fijado por la ley.

Declarando que el propósito de la Sección 31 era evitar los encarcelamientos por períodos indebidamente largos de las personas que esperan juicio, el Juez Sr. Fernando dijo que el apelante había probado su derecho a lo conferido por la Sección 31, es decir, el derecho a ser puesto en libertad bajo fianza. Agregó:

« Dos períodos de audiencias han comenzado y terminado después que el apelante fué encarcelado. Lleva ya más de un año esperando juicio en la cárcel. El ponerlo en libertad bajo fianza no será causa de catástrofe alguna. Un tribunal tiene indudablemente el derecho a negar la libertad bajo fianza cuando se ha demostrado que el derecho a esta libertad está siendo o será violado o abusado. Pensamos que el acceder a esta solicitud quizás induzca en cierta medida a un despacho mas rápido del procedimiento criminal entablado en contra del solicitante y los otros acusados. Puede incluso llegar a ser un acicate para todos aquellos que se ocupan de casos de acusados detenidos en nuestras cárceles en nuestra tarea común de erradicar la letargia que a todos nos aflige hoy en día. La libertad del individuo no es un mero « slogan », sino que un derecho de gran valor para el ciudadano y los tribunales no deben cejar en su vigilancia para que no se vea suspendido sin que haya razones de peso para hacerlo. »

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica

DERECHO A JUICIO COMPLETO Y CON ARREGLO A RAZON

SPECHT v. PATTERSON, WARDEN Y OTROS

(386 U.S., 1967, página 605)

El peticionario había sido acusado de delitos sexuales al amparo de los Estatutos del Estado de Colorado, pero fué condenado bajo la Ley de Delitos Sexuales que podía ser aplicada si el tribunal estimaba que la persona acusada de delitos sexuales concretos « constituía, si en libertad, una amenaza de daño corporal para el público, o era un delincuente consuetudinario o un enfermo mental ». El informe necesario sobre el examen psiquiátrico fué presentado antes de leerse la sentencia. Sin embargo, no hubo audiencia. La invocación de la Ley de Delitos Sexuales entrañó nuevas acusaciones que llevaron a pena criminal. Era necesario, entonces, con arreglo a derecho, que el acusado se encontrara presente con su abogado; que tuviese oportunidad de ser oído; de ser confrontado con los testigos de cargo; de carear los testigos y de dar pruebas. Era también esencial que las conclusiones fueran adecuadas para que la apelación tuviese algún significado.

Opinión de la Corte leída por el Juez Douglas.

Fallo dictado el 11 de Abril de 1967.

El peticionario había sido acusado de un delito sexual al amparo de los Estatutos del Estado de Colorado. Fué declarado culpable, pero sentenciado bajo otra ley, la de Delitos Sexuales que era aplicable si el tribunal (por jurado) estimaba que la persona acusada de delitos sexuales concretos « constituía, si en libertad, una amenaza de daño corporal para el público, era un delincuente consuetudinario o un enfermo mental ».

El procedimiento de rigor, es decir, la práctica de un exámen psiquiátrico y la presentación de un informe al tribunal sobre tal exámen antes de dictarse la sentencia había sido cumplido en el caso del peticionario, pero no se celebró audiencia.

Tal procedimiento mereció la aprobación de la Corte Suprema del Estado. La Corte de Distrito Federal rechazó una petición de mandamiento de *habeas corpus* y la Corte de Apelaciones confirmó esta negativa. El peticionario pidió entonces a la Corte Suprema de los Estados Unidos un mandamiento para que los tribunales inferiores se cercioraran de que el procedimiento había sido seguido debidamente.

La Corte Suprema decretó que la invocación de la Ley de Delitos Sexuales entrañaba la formulación de una nueva acusación conducente a la pena criminal y que por lo tanto exigía, con arreglo a derecho, que el acusado se encontrara presente con su abogado; que se le diese derecho a ser confrontado con los testigos de cargo; que se le diese derecho a carearlos y a dar pruebas, y que se llegara a las conclusiones adecuadas para que toda apelación de ellas tuviese mérito.

Corte Suprema de Nueva York
(Sección de Apelaciones)

**RETIRO DE UNA DECLARACION DE CULPABILIDAD
HECHA A CONSECUENCIAS DE HABER RECIBIDO
INFORMACIÓN FALSA**

PEOPLE v. BRIGGS

(28 A.D. 2d. 157 4th. Dept.)

El acusado había confesado y se había declarado culpable, durante el juicio, de todos los cargos que se le hicieron. Había confesado sólo después que el Sheriff le había dicho que, de hacerlo, su condena no pasaría de los cinco años de reclusión. El juez conocía las circunstancias en que fué hecha la confesión. El acusado fué condenado a prisión por un período de siete y medio a quince años. El juez que lo sentenció, al conocer los hechos, debió advertir al acusado de que si la declaración de culpabilidad había sido provocada por la confesión y ésta a su vez por una falsa presentación de los hechos por parte de un funcionario público, le sería posible permitirle retirar su declaración de

culpabilidad. El juez, al no proceder así, incurrió en una omisión que equivalía a negarle al acusado un juicio con arreglo a derecho.

Fallo dado el 26 de Octubre de 1967.

El acusado, de diecisiete años de edad, fué arrestado a consecuencias de un robo y un incendio. Confesó y fué entonces condenado por incendiario y ladrón. En el juicio se declaró culpable de todos los cargos presentados en su contra. La evidencia, sin embargo, parecía demostrar que su confesión había sido hecha sólo después que el Sheriff le había comunicado que, de hacerlo, su condena no pasaría de los cinco años. También parecía demostrar que el juez que lo sentenció estaba al tanto de las circunstancias que impulsaron al acusado a hacer su confesión.

La pena de prisión impuesta al acusado fué por un período de siete y medio a quince años, posiblemente como consecuencia de la indignación pública que el delito había despertado.

En la apelación, el 4.º Departamento de la División de Apelaciones estimó que el acusado no había sido juzgado con arreglo a derecho y que se debía por lo tanto remediar la situación.

La Corte dictaminó que en cuanto el Juez que condenó al acusado tuvo conocimiento de las circunstancias en que fué hecha la confesión debió advertir al acusado de que si su declaración era el resultado de una confesión y ésta a su vez había sido inducida por estar mal informado por un funcionario público, sería admisible una solicitud de retiro de declaración de culpabilidad.

La Comisión Internacional de Juristas es una organización no gubernamental, reconocida como entidad consultiva de las Naciones Unidas, de la UNESCO y del Consejo de Europa; figura además en la lista especial de ONG de la OIT. La Comisión promueve el reconocimiento y la observancia del imperio del derecho. Está integrada por:

JOSEPH T. THORSON	Ex presidente del Tribunal de Hacienda del Canadá
VIVIAN BOSE	Ex magistrado del Tribunal Supremo de la India
(Presidentes honorarios)	
T. S. FERNANDO	Magistrado del Tribunal Supremo de Ceilán; ex fiscal general y ex procurador general de Ceilán
(Presidente)	Abogado ante el Tribunal Supremo de los Países Bajos
A. J. M. VAN DAL	Presidente de la Corte Suprema de Chile
OSVALDO ILLANES BENITEZ	
(Vicepresidentes)	
SIR ADETOKUNBO A. ADEMOLA	Presidente del Tribunal Supremo de Nigeria
ARTURO A. ALAFRIZ	Ex procurador general de Filipinas; abogado (Manila)
GIUSEPPE BETTIOL	Diputado del Parlamento italiano; profesor de derecho de la Universidad de Padua; ex ministro
DUDLEY B. BONSALE	Magistrado del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York; ex presidente de la Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos
PHILIPPE N. BOULOS	Viceprimer ministro del Gobierno del Líbano; ex gobernador de Beirut; ex ministro de Justicia
U CHAN HTOON	Ex magistrado del Tribunal Supremo de la Unión Birmana
ELI WHITNEY DEBEVOISE	Abogado, Nueva York, Estados Unidos; ex consejero general de la Alta Comisaría de los Estados Unidos en Alemania
MANUEL G. ESCOBEDO	Profesor de derecho en la Universidad de México; abogado; ex presidente de Barra Mexicana
PER T. FEDERSPIEL	Abogado, Copenhague; diputado del Parlamento danés; ex presidente de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa
ISAAC FORSTER	Magistrado de la Corte Internacional de Justicia; ex presidente del Tribunal Supremo de la República del Senegal
FERNANDO FOURNIER	Abogado; presidente de la Asociación Interamericana de Abogados; profesor de derecho; ex embajador ante los Estados Unidos y ante la Organización de los Estados Americanos
HANS-HEINRICH JESCHECK	Profesor de derecho; director del Instituto de Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional de la Universidad de Friburgo/B
RENE MAYER	Ex ministro de Justicia; ex primer ministro de Francia
SIR LESLIE MUNRO	Ex secretario general de la Comisión Internacional de Juristas; ex presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas; ex embajador de Nueva Zelandia ante las Naciones Unidas y los Estados Unidos
JOSE T. NABUCO	Abogado del Colegio de Río de Janeiro, Brasil
LUIS NEGRON FERNANDEZ	Presidente de la Corte Suprema de Puerto Rico
PAUL-MAURICE ORBAN	Profesor de derecho en la Universidad de Gante, Bélgica; ex ministro; ex senador
STEFAN OSUSKY	Ex ministro de Checoslovaquia en Gran Bretaña y Francia; ex miembro del Gobierno checoslovaco
MOHAMED AHMED ABU RANNAT	Ex presidente del Tribunal Supremo del Sudán
LORD SHAWCROSS	Ex fiscal general de Inglaterra
SEBASTIAN SOLER	Abogado; profesor de derecho; ex procurador general de la Nación argentina
EDWARD ST. JOHN	Abogado, Sydney, Australia; miembro del Consejo de la Asociación de Abogados de Nueva Gales del Sur
PURSHOTTAM TRIKAMDAS	Abogado ante el Tribunal Supremo de la India; ex secretario del mahatma Gandhi
H. B. TYABJI	Abogado, Karachi, Pakistán; ex magistrado del Tribunal Superior de Sind
TERJE WOLD	Presidente del Tribunal Supremo de Noruega

Secretario general: SEAN MACBRIDE
 Ex ministro de Relaciones Exteriores de Irlanda
 Secretario ejecutivo: VLADIMIR M. KABES
 Doctor en Derecho

PUBLICACIONES RECIENTES

IMPERIO DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

Los principios del Imperio del Derecho — sus implicaciones en cuanto al individuo, la sociedad, el desarrollo social y económico, los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, la profesión jurídica — principales convenciones de Derechos Humanos y Conferencias Internacionales de Juristas — dotado de un índice completo y varios anexos

<i>Precio</i>	<i>Francos Suizos</i>
Encuadernación en rústica	5.60
Encuadernación en tela	6.75

Solicite una lista completa de nuestras publicaciones a:

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

RIGHT OF PRIVACY AND RIGHTS OF THE PERSONALITY

Por Stig Strömholm, Relator de la Conferencia Nórdica de Juristas sobre el Derecho a la Intimidad, 1967 — (publicado exclusivamente en inglés) — estudio comparado del Derecho a la Intimidad en los diferentes sistemas jurídicos. Comprende, en calidad de anexos, diversos proyectos de legislación sobre protección a la vida privada y las Conclusiones de la Conferencia Nórdica.

precio: 25 Coronas suecas. Dirigir los pedidos a: P. A. Norstedt & Söner, P.O. 2052, Estocolmo 2, Suecia