

REVISTA

DE LA

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

INVIERNO, 1965

VOLÚMEN VI, NÚM. 2

GEBHARD MÜLLER EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL
DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

LEO S. BARON RODESIA DEL SUR Y EL IMPERIO DEL
DERECHO

JÁÑOS TÓTH EL DERECHO COMPARADO EN LA EUROPA
ORIENTAL

PYONG CHOON HAHM FACTORES ADVERSOS AL IMPERIO DEL
DERECHO EN COREA

ESTUDIO DE LA ASESORÍA EL PROYECTO DE CONVENCION INTERNA-
CIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS
LAS FORMAS DE INTOLERANCIA RELIGIOSA

LUCIAN G. WEERAMANTRY REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA BASADA
EN EL IMPERIO DEL DERECHO

LIBROS DE INTERES

JUNTA ASESORA DE LA REVISTA

ROBERT R. BOWIE, profesor de Asuntos Internaciona-
les y ex catedrático de Derecho en la Uni-
versidad de Harvard;

GEORGES BURDEAU, profesor de Derecho en la Uni-
versidad y en el Instituto de Estudios Políticos
de París;

ZELMAN COWEN, profesor de Derecho público y
decano de la Facultad de Derecho de la Uni-
versidad de Melbourne;

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

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

SEBASTIAN SOLER, ex procurador general de la Na-
ción argentina y profesor en la Universidad
de Buenos Aires;

KENZO TAKAYANAGI, profesor de Derecho en la Uni-
versidad de Tokio y presidente de la Comisión
examinadora de la Constitución, y

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

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS - GINEBRA

La Comisión Internacional de Juristas es una organización no gubernamental, reconocida como entidad consultiva de las Naciones Unidas y de la UNESCO. La Comisión promueve el conocimiento y la observancia del imperio del derecho. Está integrada por:

| | |
|---------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| JOSEPH T. THORSON (Presidente honorario) | Ex presidente del Tribunal de Hacienda del Canadá |
| VIVIAN BOSE (Presidente) | Ex magistrado del Tribunal Supremo de la India |
| A. J. M. VAN DAL (Vicepresidente) | Abogado ante el Tribunal Supremo de los Países Bajos |
| JOSE T. NABUCO (Vicepresidente) | Abogado del Colegio de Río de Janeiro, Brasil |
| SIR ADETOKUNBO A. ADEMOLA | Presidente del Tribunal Supremo de Nigeria |
| ARTURO A. ALAFRIZ | Procurador general de Filipinas; ex presidente de la Federación de Asociaciones de Abogados de Filipinas |
| GIUSEPPE BETTIOL | Diputado del Parlamento italiano; profesor de derecho en la Universidad de Padua |
| DUDLEY B. BONSAI | 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 |
| SIR OWEN DIXON | Ex presidente del Tribunal Supremo de Australia |
| MANUEL G. ESCOBEDO | Profesor de derecho en la Universidad de México; abogado; ex presidente de la Barra Mexicana |
| PER T. FEDERSPIEL | Abogado, Copenhague; diputado del Parlamento danés; ex presidente de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa |
| THUSEW S. FERNANDO | Magistrado del Tribunal Supremo de Ceilán; ex fiscal general y ex procurador general de Ceilán |
| ISAAC FORSTER | Magistrado de la Corte Internacional de Justicia de La Haya; ex presidente del Tribunal Supremo de la República del Senegal |
| FERNANDO FOURNIER | Abogado; ex presidente de la Asociación de Abogados de Costa Rica; profesor de derecho; ex embajador ante los Estados Unidos y ante la Organización de los Estados Americanos |
| OSVALDO NEGRON BENÍTEZ | Ministro de la Corte Suprema de Chile |
| HANS-HEINRICH JESCHECK | Profesor de derecho; director del Instituto de Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional de la Universidad de Friburgo/B |
| JEAN KREHER | Abogado ante el Tribunal de Apelación de París, Francia; vicepresidente de la Federación Mundial de Asociaciones pro Naciones Unidas |
| 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 Zelanda ante las Naciones Unidas y los Estados Unidos |
| LUIS NEGRÓN FERNÁNDEZ | Juez Presidente del Tribunal Supremo 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 | Presidente del Tribunal Supremo del Sudán |
| LORD SHAWCROSS | Ex fiscal general de Inglaterra |
| SEBASTIÁN SOLER | Abogado; profesor de derecho; ex procurador general de la Nación argentina |
| KENZO TAKAYANAGI | Presidente de la Comisión Ministerial examinadora de la Constitución; profesor emérito de la Universidad de Tokio; miembro del Consejo Legislativo del Japón |
| 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

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS.
2 QUAI DU CHEVAL-BLANC.
GINEBRA, SUIZA

208 21

REVISTA

DE LA

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

INVIERNO, 1965

VOLUMEN VI, NÚM. 2

| | | |
|------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| GEBHARD MÜLLER | EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA | 215 |
| LEO S. BARON | RODESIA DEL SUR Y EL IMPERIO DEL DERECHO | 251 |
| JÁNOS TÓTH | EL DERECHO COMPARADO EN LA EUROPA ORIENTAL | 280 |
| PYONG CHOON HAHM | FACTORES ADVERSOS AL IMPERIO DEL DERECHO EN COREA | 315 |
| ESTUDIO DE LA ASESORÍA | EL PROYECTO DE CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA RELIGIOSA | 325 |
| LUCIAN G. WEERAMANTRY | REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA BASADA EN EL IMPERIO DEL DERECHO | 344 |
| | LIBROS DE INTERES | 385 |

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS - GINEBRA

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Por el Doctor
GEBHARD MÜLLER *

I. Introducción

El más alto Tribunal dentro de la República Federal de Alemania competente en materia constitucional es el Tribunal Constitucional Federal. Sus funciones y su organización aparecen reguladas en la Ley Fundamental de la República Federal de 23 de mayo de 1949 (designada comúnmente "GG", abreviatura de *Grundgesetz*) y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal de 12 de marzo de 1951 (designada "BVerfGG", abreviatura de *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Gesetz*). El Tribunal se reunió por vez primera en septiembre de 1951. Su sede provisional radica en Karlsruhe, población situada en el *Land* (estado) de Baden-Württemberg¹.

El lugar preeminente que ocupa el Tribunal Constitucional Federal dentro del marco de la estructura constitucional de conjunto es el que justamente le corresponde por razón de la multiplicidad de las funciones que le están asignadas. En estas fechas se reconoce unánimemente que, en su calidad de órgano federal, el Tribunal Constitucional Federal aparece situado indiscutiblemente en un mismo plano que los demás órganos federales, a saber: la Asamblea Federal (*Bundestag*), el Consejo Federal (*Bundesrat*) y el Gobierno Federal (*Bundesregierung*)². Las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal son de obligatoria observancia para

* Presidente del Tribunal Constitucional Federal.

¹ La República Federal de Alemania se halla estructurada federativamente. Los estados-miembros se denominan *Länder* (estados). Cfr. "Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal", (mencionadas bajo la designación "BVerfGE", abreviatura de *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* 13, 74 y sigs.

² Compárese a este respecto el art 1º, párrafo 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal, como asimismo: Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein en su comentario sobre dicha Ley enunciado ulteriormente, vease llamada 39 art. 1º de la propia ley, nota marginal 8 y Saend en *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit. pág. 24 y sigs. Otras indicaciones cfr. Leibholz *ibid.* pág. 73, nota 21.

todos los demás órganos constitucionales y, en determinados casos, tienen fuerza de ley (Artículo 3, párrafo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal). El Tribunal Constitucional Federal ha de ser considerado como *poder neutral* (en el texto de la ley: *pouvoir neutre*), pero asimismo como *poder moderador* y *poder regulador*; está destinado a mantener el equilibrio y el control mutuo entre los distintos poderes³. En la práctica, ha logrado el Tribunal mantener en todo tiempo su posición indiscutida frente a todos los órganos estatales y frente a las luchas políticas de cada momento; ha contribuido a la actualización de los derechos fundamentales y a la estabilización de la vida constitucional⁴, e incluso cabe afirmar que su mera existencia ha llegado a constituir una garantía para los derechos fundamentales⁵ y para el orden estatal. Actualmente, la Constitución es interpretada, por regla general, en estricta conformidad con la jurisprudencia del "Tribunal Constitucional Federal". En definitiva, el Tribunal Constitucional Federal puede también contribuir al desenvolvimiento progresivo de la Constitución⁶. Con arreglo a cuanto queda expuesto, cabe muy bien designar el tan repetido Tribunal como el "Supremo Guardian de la Constitución"⁷ y el sistema que ha logrado concentrar en un sólo Tribunal todas las cuestiones de índole jurídico-constitucional merece, en suma, calificarse como la más genuina expresión de la jurisdicción constitucional⁸. Por otra parte, la diferencia entre un sistema propio de un Estado justicialista y un sistema propio de un Estado de derecho ha quedado claramente evidenciada, precisamente gracias a la jurisprudencia mesurada del Tribunal Constitucional Federal.

La independencia del Tribunal Constitucional Federal aparece prácticamente demostrada por el hecho de que éste posee su propio presupuesto y no participa en ningún concepto en el presupuesto del Ministerio de Justicia Federal. Asimismo, el Presidente del Tribunal Constitucional Federal tiene la condición de primer jefe de servicio de los funcionarios y empleados del Tribunal.

³ Cfr. Wintrich en Bettermann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte* (los derechos fundamentales), pág. 648. Véase llamada 18.

⁴ Cfr. Saend, *op. cit.*, pág. 31 y sig.

⁵ Lechner en Bettermann-Nipperdey-Scheuner, *op. cit.*, pág. 659.

⁶ Cfr. *BVerfGE* = *Bundesverfassungsgerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 6, 222 (240).

⁷ Leibholz, *Op. cit.*, pág. 63; cfr. asimismo *BVerfGE* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal, 1, 184 (196); 1, 396 (408) y 6, 304; como también Bachhof, *Grundgesetz und Richtermacht* (Ley Fundamental y Poder Judicial), Tübingen 1959, págs. 21 y 45.

⁸ Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland* (La jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania), Colonia-Berlín-Bonn-Munich 1963, pág. 7, véase llamada 18.

II. Organización del Tribunal

Para la posición del Tribunal tiene una significación especial el procedimiento electoral con arreglo al cual son designados los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal. En virtud del artículo 94 de la Ley Fundamental, los Magistrados son designados por mitad, por la Asamblea Federal (*Bundestag*) y por el Consejo Federal (*Bundesrat*) respectivamente. La elección en el Consejo Federal se efectúa por sufragio directo exigiéndose una mayoría de dos terceras partes (Art. 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal); la elección por la Asamblea Federal se efectúa asimismo por mayoría de dos terceras partes; está confiada, empero, a una junta de compromisarios integrada por 12 miembros, cuya designación corresponde a la Asamblea Federal (*Bundestag*) y que está llamada a reflejar la importancia relativa de los diversos partidos (artículo 6 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal). El requisito de obtener una mayoría calificada tiene precisamente por objeto garantizar que los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal gozan de la confianza de una mayoría lo más amplia posible del pueblo. La elección efectuada, en parte por la Asamblea Federal, en parte por el Consejo Federal, que representa los intereses de los *Länder* (estados) dentro de la federación, teniendo empero, al propio tiempo la calidad de órgano federal, tiene por objeto asegurar que sean debidamente tomados en consideración los distintos criterios sustentados dentro de la entidad estatal federativa.

Una parte de los Magistrados, o sea, tres de los ocho que integran cada una de las Salas, son designados de entre los Magistrados de los Altos Tribunales Federales, a saber: de la Corte Suprema Federal, del Tribunal Administrativo Federal, del Tribunal de Cuentas Federal, del Tribunal de Trabajo Federal y del Tribunal Social Federal. Se exige como requisito indispensable una antigüedad de tres años, como mínimo, en el desempeño de la función de Magistrado de alguno de los Tribunales enumerados. La elección de dichos Magistrados se efectúa "por el tiempo que les corresponda desempeñar el cargo que a la sazón ocuparen" en los Altos Tribunales Federales, es decir, normalmente, hasta la edad de su jubilación, o sea los 68 años (art. 4, párrafo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal). Los demás Magistrados son elegidos por un período de ocho años (Art. 4, párrafo 2 de la Ley Orgánica del repetido Tribunal). Esta reglamentación tiene por finalidad procurar que los "magistrados vitalicios" cuiden de mantener la debida continuidad en la jurisprudencia sobre cuestiones constitucionales y que, además, encuentren ocasión de aplicar su experiencia adquirida en materia judicial durante su actuación en otros Altos Tribunales y, por otra parte, los magistrados designados por tiempo determinado

aporten su peculiar experiencia adquirida merced a su intervención en la vida pública. La conveniencia de esta reglamentación ha dado lugar a controversias en determinados aspectos, pero en la práctica, ha resultado, por regla general, perfectamente eficaz.

Es elegible para el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional Federal todo aquel que haya cumplido los 40 años de edad, posea a su vez las condiciones de elegibilidad requeridas para formar parte de la Asamblea Federal (*Bundestag*) y acredite la capacidad exigida para el desempeño de cargos judiciales⁹. La calidad de Magistrado electo es incompatible con el desempeño de otras funciones públicas (artículo 94, párrafo 1, inciso 3 de la Ley Fundamental, art. 3, párrafo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal); la única función compatible con el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional Federal es la de profesor de Universidad o de un Centro de Enseñanza superior equiparado a la misma¹⁰.

Ha sido reiteradamente discutida en público la cuestión de saber si la elección de los Magistrados por gremios políticos es o no es aconsejable. Se temía, sobre todo, que esto pudiera dar lugar a influjos de carácter político sobre la jurisprudencia. Estos temores han quedado hoy en día manifiestamente desvanecidos en vista de la jurisprudencia concienzudamente ponderada del Tribunal Constitucional Federal. Se ha demostrado que incluso ciertas personalidades que, con anterioridad a su elección para Magistrados del Tribunal Constitucional Federal, se habían significado de un modo manifiesto por razón de sus actividades políticas, mostraban en su actuación como miembros de dicho Tribunal un comportamiento que en nada se diferenciaba de la actitud observada por aquellas otras personalidades que aportaban la experiencia adquirida en el curso de una extensa carrera judicial o en el desempeño de cargos administrativos en los ministerios. Por otra parte, resulta que, precisamente, la circunstancia de que la elección se efectúe con intervención de los gremios políticos es lo que confiere al Tribunal Constitucional Federal la calidad de institución democrática en la acepción propia de dicho término. La provisión del Tribunal, cuyas resoluciones están llamadas a trascender en el ámbito de la política y que, conforme a las palabras pronunciadas por el que fue su primer presidente, Sr. Höpker Aschoff, ha de tener en cuenta en

⁹ Para ser capacitado a esos efectos se requiere haber cursado estudios universitarios y acreditar la prestación de servicios preparatorios (*Vorbereitungsdienst*) durante un período de tres años y medio, como mínimo, y obtener, además la aprobación en dos exámenes de Estado (Art. 5 de la Ley Orgánica Judicial de 8 de septiembre de 1961). Cfr. asimismo el artículo 110 de la Ley Orgánica Judicial.

¹⁰ Por lo que respecta a los Magistrados elegidos de entre los miembros de otros tribunales federales, cfr. el artículo 70 de la Ley Orgánica Judicial.

todo momento las consecuencias políticas de su actuación¹¹ permite de esa forma establecer una estructuración política dentro del marco de la legitimidad, sin por ello menoscabar en lo más mínimo la obligación primordial de velar por el respeto al imperio del derecho.

Los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal pueden renunciar a su cargo en todo tiempo (artículo 12 de la Ley Orgánica de dicho Tribunal); la separación del cargo sólo está prevista en los casos de incapacidad para el desempeño del cargo, de comisión de un acto punible deshonoroso, de condena a una pena de prisión de más de seis meses, de una infracción a los deberes propios del cargo de tal gravedad, que haga imposible la continuación en el desempeño del mismo, pero, aún en tales supuestos, la cesantía habrá de decretarse por el Presidente de la República Federal, previa autorización conferida al efecto por acuerdo de las dos terceras partes de los miembros del Tribunal (Art. 105 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal).

Es asimismo de especial trascendencia para el funcionamiento del Tribunal su peculiar estructura en forma de "Tribunal de Salas gemelas" (*Zwillingsgericht*).¹² El Tribunal Constitucional Federal está integrado por dos Salas (Art. 2, párrafo 1 de la Ley Orgánica del propio Tribunal) llamadas a subsistir independientemente, una al lado de otra. Los magistrados son elegidos para formar parte de una Sala determinada. Queda excluida toda posibilidad de traslado de magistrados de una de las Salas a la otra, como asimismo toda sustitución de magistrados que formen parte de una Sala por magistrados pertenecientes a la otra. Con la conformación dada al "Tribunal de Salas gemelas" se quería evitar el exceso de trabajo inevitable en el supuesto de no haber más que una Sala, más al propio tiempo se temía también la creación de una Sala única que contara con un número excesivo de magistrados y que, por tal motivo, pudiere resultar inabordable. En la práctica, esta reglamentación no ha dado lugar a controversias.

Cada Sala está integrada actualmente por ocho magistrados (Art. 2, párrafo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal)¹³. El Presidente del Tribunal Constitucional Federal preside la Sala Primera, el Vicepresidente, a su vez, desempeña la presidencia de la Sala Segunda. El reparto de asuntos entre ambas Salas se efectúa a base de lo previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal (en su artículo 14); cabe, empero,

¹¹ Höpker-Aschoff, en *Das Bundesverfassungsgericht* (El Tribunal Constitucional Federal), pág. 3 y sigs.

¹² Esta consideración aparece ya reflejada en *BVerfGE* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) I, 19 (29).

¹³ Hasta el 31 de agosto de 1956, cada Sala tenía doce magistrados; hasta el 31 de agosto de 1963, diez magistrados.

introducir modificaciones en esa materia en virtud de acuerdos del Pleno del Tribunal, como ya se hizo en virtud de resolución de 13 de octubre de 1959¹⁴. Aún después de la instauración de esas nuevas normas para el reparto, corresponde a la Sala Primera, en primer lugar, la interpretación de los derechos fundamentales siempre que el procedimiento verse sobre comprobación de la constitucionalidad de normas jurídicas y en los recursos de inconstitucionalidad. Siempre que una de las Salas se proponga desviarse de la jurisprudencia sentada por la otra Sala o de la jurisprudencia basada en resoluciones del Pleno del Tribunal, se requerirá una decisión adoptada en reunión plenaria (Art. 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal).

III. Del procedimiento peculiar del Tribunal

A continuación interesa consignar brevemente algunos aspectos del procedimiento especial vigente para las actuaciones del Tribunal. Este se halla basado, en parte, en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal (Art. 17 de la misma), pero dicha regulación dista mucho de ser completa, quedando parcialmente confiada al régimen autónomo del propio Tribunal Constitucional Federal¹⁵. Las lagunas que presenta la legislación quedan convenientemente colmadas merced a los usos judiciales. Los principios normativos esenciales del procedimiento son: el principio en virtud del cual el Tribunal está llamado a actuar de oficio en la substanciación de los recursos formulados ante el mismo (*Offizialprinzip*) y el principio conforme al cual el Tribunal goza de plenitud de atribuciones en todo lo concerniente a la instrucción de los asuntos sometidos al mismo (*Instruktionsgrundsatz*); el procedimiento es público y oral, si bien – con excepción de los casos de acusación contra el Presidente o contra jueces o magistrados – se admite la renuncia a la celebración del juicio oral, lo que suele hacerse con harta frecuencia. En los casos de inadmisión de recursos de inconstitucionalidad (Art. 93a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal) se admite exclusivamente el procedimiento escrito¹⁶. A causa del número crecido de recursos de inconstitucionalidad inadmisibles y manifiestamente carentes de todo fundamento legal, las ponencias integradas por tres magistrados (*Dreierausschüsse*) desempeñan en la práctica un papel importante.

¹⁴ *Bundesgesetzblatt* (Gaceta de la República Federal de Alemania), 1959 I, pág. 673.

¹⁵ Cfr. *BVerfGE* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 2, 79 (84).

¹⁶ Un procedimiento carente de comparecencias orales está igualmente previsto en el artículo 94, párrafo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal.

Los acuerdos de dichas ponencias han de adoptarse necesariamente por unanimidad (Art. 93a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal). Para que una de las Salas declare inadmisibile y manifiestamente infundada una petición (Art. 24 de la Ley Orgánica del Tribunal) se requiere asimismo un acuerdo adoptado por unanimidad. En los demás supuestos es suficiente un acuerdo adoptado por simple mayoría, exigiéndose tan sólo en casos excepcionales una mayoría de dos terceras partes (Art. 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal). Por principio, no se admite en ningún caso que el voto del presidente pueda ser decisivo en caso de empate. La circunstancia de haber empate impide por sí sola la práctica de toda información por infracción de la Ley Fundamental o de toda otra disposición legislativa federal. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal prevé en último término la posibilidad de dictar resoluciones interlocutorias, si bien éstas se hallan sometidas a la rigurosa observancia de determinados requisitos (Art. 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal). Por principio todo procedimiento substanciado ante el referido Tribunal está exento del pago de costas judiciales (Art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal).

IV. La esfera de competencia del Tribunal

La posición manifiestamente preeminente que le está reconocida por la Ley Fundamental al Tribunal Constitucional Federal constituye uno de los rasgos característicos más salientes del ordenamiento constitucional de la República Federal de Alemania. Esta posición se manifiesta en primer término en la multiplicidad de sus atribuciones, acerca de las cuales cabe afirmar que no han sido conferidas a ningún otro tribunal constitucional, ni a ningún tribunal supremo. Todo lo más, podría establecerse, en cierto modo, una comparación entre las atribuciones del Tribunal Constitucional austriaco y del italiano con las del Tribunal Constitucional Federal alemán, pero incluso este mismo examen comparativo muestra que la esfera de competencia del Tribunal Constitucional Federal alemán es de mucho mayor alcance que la de los tribunales constitucionales instaurados en Austria y en Italia¹⁷.

Si se examina el desenvolvimiento del régimen constitucional alemán en períodos anteriores, se observa que el Tribunal Cons-

¹⁷ Para un examen de conjunto de los regímenes de jurisdicción constitucional de los principales Estados, cfr. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Gegenwart* (La jurisdicción constitucional en la actualidad), editada por el *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Instituto MAX PLANCK de derecho público extranjero y de derecho internacional) Heidelberg 1961.

titucional Federal carece de todo precedente típico de una institución comparable al mismo¹⁸. Desde luego existió en la época de la República de Weimar una Corte de Justicia Estatal (*Staatsgerichtshof*) instaurada en virtud del artículo 108 de la Constitución del Reich y de la Ley de 9 de julio de 1921 que había sido organizado en conexión con el Tribunal Supremo del Reich que radicaba en Leipzig, pero las funciones atribuidas a dicha Corte de Justicia Estatal eran de un alcance incomparablemente menor que las propias del Tribunal Constitucional Federal de nuestros días. La Corte de Justicia Estatal se dedicaba exclusivamente a la resolución de los llamados "litigios constitucionales propiamente dichos" (*echte Verfassungsstreitigkeiten*), es decir, de aquellos litigios que versan sobre las funciones y las atribuciones de los órganos constitucionales, terreno sobre el cual se establecieron en el curso del siglo XIX los primeros precedentes de una jurisdicción constitucional. Actualmente, dicha esfera de competencia se halla también comprendida dentro de las funciones propias del Tribunal Constitucional, pero aún en ese terreno, las atribuciones de este último son notoriamente más extensas que las que poseía la Corte de Justicia Estatal (*Staatsgerichtshof*).

Más allá del ámbito de los susodichos "litigios constitucionales propiamente dichos" le está aún reservado, empero, al Tribunal Constitucional Federal un amplio campo de atribuciones en el terreno de la revisión de la constitucionalidad (*Überprüfung*) de las leyes mediante el control de normas jurídicas y en el terreno de la protección individual del ciudadano contra eventuales excesos del poder público por vía del recurso de inconstitucionalidad. Dentro de las grandes realidades de la vida constitucional de la República Federal, son precisamente esas dos instituciones, que carecen de todo precedente auténtico que date de la era de Weimar, que han llegado a desempeñar un papel particularmente importante, sobre todo, en materia de protección de los derechos fundamentales y de los derechos humanos.

A. DE LOS LITIGIOS CONSTITUCIONALES Y PROCEDIMIENTOS CONEXOS

La esfera de competencia del Tribunal Constitucional Federal en el terreno de los litigios constitucionales comprende todo un catálogo de funciones que han de ser consideradas separadamente.

¹⁸ Con respecto a la historia de la jurisdicción constitucional en Alemania cfr. extensamente lo expuesto por Wintrich en Bettermann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte* ("Los derechos fundamentales") Vol. 2, 2a parte, Berlín 1959, págs. 650 y sigs. y Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland* ("La jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania"), Colonia-Berlín-Bonn-Munich 1963, pág. 8 y sigs.

El rasgo común de todos esos litigios es la finalidad perseguida y la función desempeñada mediante la actuación emprendida por el Tribunal Constitucional Federal en estos casos, encaminada a la defensa de la estructura estatal y a garantizar el funcionamiento de las instituciones estatales. En las diferencias propias de la vida estatal, el Tribunal Constitucional es el órgano llamado a intervenir para solventarlas en última instancia. Por encima de ello, protege al Estado, bajo el signo de una auténtica democracia¹⁹, contra cualesquiera ataques procedentes del interior dirigidos contra los fundamentos del mismo. En los litigios constitucionales de cualesquiera de las modalidades aludidas actúa el Tribunal Constitucional Federal al servicio del mantenimiento de la paz interior²⁰. La verdadera finalidad de la jurisdicción constitucional de esta índole es mantener en toda su pureza e integridad el ordenamiento jurídico liberal, adaptado a los postulados del Estado de derecho y democrático y garantizarlo mediante el mantenimiento de dicha integridad²¹. Mediante una protección semejante del Estado y de la vida estatal se logra finalmente de un modo indirecto proteger asimismo los derechos fundamentales²² que la Ley Fundamental ha definido como básicos para toda colectividad humana (Art. 1, párrafo 2 de la Ley Fundamental).

1. *Procedimientos de índole acusatoria*

Entre los litigios de este tipo figuran en primer lugar los procedimientos de acusación. Se trata de una institución que data del siglo XIX, pero que asimismo contaba entre las atribuciones de la Corte de Justicia Estatal que actuaba bajo la Constitución de Weimar. Ahora bien, a diferencia de lo que acaecía durante la era de Weimar, resulta que actualmente, ni el Canciller, ni los Ministros pueden ser objeto de una acusación, en consonancia con el principio de responsabilidad parlamentaria del Gobierno. En cambio, subsiste la posibilidad de formular una acusación contra el Presidente de la República Federal fundada en una infracción voluntaria de la Ley Fundamental o de otra Ley Federal (Art. 61 de la Ley Fundamental).

La innovación introducida consiste en la posibilidad de promover una acusación contra Jueces o Magistrados ante el Tribunal Constitucional Federal por infracción contra el orden constitucional (Art. 98, párrafo 2 de la Ley Fundamental), lo que corresponde a la importancia acrecentada del "Tercer Poder" reconocida en el régimen constitucional de la República Federal.

¹⁹ Friesenhahn, *Op. cit.*, pág. 91.

²⁰ Marcic, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit* (Constitución y jurisdicción constitucional) Viena, 1963, pág. 95.

²¹ Marcic, *Op. cit.*, pág. 102.

²² Cfr. Lechner, en Bettermann-Nipperdey-Scheuner, *Op. cit.*, pág. 658 y sigs.

Revisten aún mayor importancia las atribuciones conferidas por la Ley Fundamental al Tribunal Constitucional Federal para la defensa del ordenamiento jurídico de las libertades públicas y de los postulados del Estado de derecho contra cualesquiera aspiraciones anticonstitucionales de determinados partidos o ciudadanos. Hasta la fecha, no se ha dado en la práctica ningún caso de acusaciones contra el Presidente de la República Federal, ni contra jueces o magistrados; en cambio, la posibilidad de proceder judicialmente contra partidos anticonstitucionales (Art. 21, párrafo 2 de la Ley Fundamental) ha permitido incoar dos procesos que dieron lugar a la prohibición de cada uno de los partidos respectivos: por sentencia de 23 de octubre de 1952 fue declarado anticonstitucional el Partido Socialista del Reich²³ y se ordenó, en consecuencia, la disolución del mismo, y con fecha de 17 de octubre de 1956 se dictó una sentencia en los mismo términos y con idénticos pronunciamientos con respecto al Partido Comunista de Alemania²⁴. La repercusión de orden político de ambas sentencias ha sido considerable; cabe, no obstante, atribuir una importancia aún mayor que a sus consecuencias políticas, a la actitud de principio que aparece expresada en las sentencias aludidas.

Los radicalismos de derecha y de izquierda no poseen gran arraigo en la República Federal de Alemania. Los recuerdos del período nacionalsocialista y el ejemplo de lo acaecido en la Zona de Ocupación Soviética bastan por sí solos para retener a la inmensa mayoría del pueblo de adherirse a ninguna de dichas tendencias. Además, la llamada "cláusula del cinco por ciento" que hace depender la concesión de escaños en el *Bundestag* (Asamblea Federal) del requisito que el partido respectivo obtenga, como mínimo, un cinco por ciento del total de los votos emitidos, constituye una barrera casi infranqueable para las agrupaciones políticas minoritarias de derecha y de izquierda.

Si, a pesar de ello, las referidas fracciones han sido declaradas anticonstitucionales y, consiguientemente, disueltas, esto permite establecer en conclusión, que la joven democracia de la República Federal de Alemania no está dispuesta, en modo alguno, a dejarse socavar desde dentro, ni a dejar campo libre a un régimen que se muestra manifiestamente despectivo hacia los Derechos Humanos. La experiencia de lo ocurrido durante la Constitución de Weimar, cuando Hitler consiguió adueñarse del poder valiéndose de medios

²³ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 2, 1 y sigs.

²⁴ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* 1, 14 y sigs. Documentación detallada: *Der KPD-Prozess, herausgegeben von Pfeiffer und Strickert*, 1955-1956 (El proceso contra el Partido Comunista de Alemania, publicado por Pfeiffer y Strickert, 1955-1956).

formalmente legales, constituye un ejemplo aleccionador a la par que alarmante.

Por otra parte, la posibilidad de prohibición de partidos viene o aportar la prueba del grado de importancia que, con arreglo a la Ley Fundamental, se atribuye a la posición constitucional de los partidos políticos. En virtud del artículo 21 de la Ley Fundamental se encuentran sólidamente incorporados a la estructura constitucional. Se les reconoce incluso la condición de órganos estatales²⁵. Por lo tanto, la única consecuencia que de ello se infiere en buena lógica, es que resulta perfectamente hacedero proceder contra los partidos aludidos en igual forma que si se tratase de órganos estatales propiamente dichos.

Cabe establecer un criterio análogo por lo que respecta a la situación del individuo dentro del régimen constitucional vigente. Si, en efecto, la Ley Fundamental prevé en su artículo 18, que el Tribunal Constitucional Federal pueda pronunciar la pérdida de determinados derechos fundamentales, tales como los que garantizan la libre expresión de opiniones, la libertad de enseñanza, la libertad de reunión, etc. contra toda persona que hiciere uso abusivo de tales derechos con ánimo de combatir el ordenamiento jurídico liberal y democrático, es porque estatuyendo en esos términos entiende expresar categóricamente hasta qué punto el mantenimiento de este ordenamiento jurídico fundamental constituye una misión, al propio tiempo que un deber de conciencia de cada ciudadano. Empero, en este caso, se trata tan sólo de una facultad conferida al Tribunal para que haga uso de la misma a modo de *ultima ratio*, como se colige de la circunstancia, que hasta la fecha únicamente se haya incoado un sólo procedimiento de ese género (contra un antiguo afiliado al Partido Socialista del Reich) que, por cierto, no ha dado lugar a una sentencia resolutoria de la cuestión planteada²⁶.

2. De los litigios entre la Federación (Bund) y los Estados (Länder)

Con el propósito de asegurar el mantenimiento de la paz interior, se han previsto también procedimientos que han de substanciarse ante el Tribunal Constitucional Federal, al efecto de solventar los litigios que puedan surgir entre la federación y los distintos estados (Länder) (Art. 93, párrafo 1, apartados 3 y 4; art. 84,

²⁵ Cfr. Leibholz, *Deutsches Verwaltungsblatt* (Boletín administrativo alemán) 51, 2 y sigs; y *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 2, 73 y 4, 27, donde se les reconoce la condición de órganos a los efectos de los procedimientos seguidos ante el Tribunal Constitucional.

²⁶ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 11, 262 y sigs.

párrafo 4, inciso 2 de la Ley Fundamental). El Tribunal Constitucional Federal resuelve y solventa en tales casos, con la autoridad que le confiere su calidad de instancia suprema, los conflictos que dimanar de la estructura federativa de la República Federal, análogamente a lo que ya hacía la Corte de Justicia Estatal en la época de la Constitución de Weimar con respecto a los litigios que surgían entre el Reich y los diversos estados (*Länder*) que integraban el mismo.

Precisamente en el ámbito de estas cuestiones han llegado a promoverse ante el Tribunal Constitucional Federal una serie de procesos, algunos de los cuales llegaron a preocupar seriamente a la opinión pública alemana. A título de ejemplo cabe citar el conflicto acerca de la estructuración político-administrativa del Sudoeste de Alemania – el “litigio sobre el estado del Sudoeste”²⁷ –, el litigio surgido entre la federación (*Bund*) y el estado (*Land*) de la Baja Sajonia con motivo de la aplicación del Concordato ratificado por el Reich en 1933²⁸ y un proceso seguido entre la federación (*Bund*), de una parte y, de otra, el estado de Hesse y la Ciudad Libre y Anseática de Hamburgo con respecto a la estructuración de la segunda televisión alemana²⁹.

El Tribunal Constitucional Federal ha logrado desarrollar en esta materia el principio de la llamada “fidelidad federal”³⁰ que implica la obligación, tanto por parte de la federación (*Bund*), como en lo que dependa de los estados (*Länder*), de colaborar entre sí como corresponde con arreglo a la verdadera naturaleza del Estado Federal. Merced a la jurisprudencia dictada con respecto a estas cuestiones se ha logrado dar un paso decisivo hacia la con-

²⁷ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 1, 14 y sigs. Documentación más extensa: cfr. *Der Kampf um den Südweststaat, Verhandlungen und Beschlüsse der gesetzgebenden Körperschaften des Bundes und des Bundesverfassungsgerichts* (“La lucha por el estado del Sudoeste, debates y resoluciones de los cuerpos colegisladores federales y del Tribunal Constitucional Federal”) en: *Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik in Mainz* (“Publicaciones del Instituto de Ciencias del Estado y de Política de Maguncia), Vol. 1, 1952.

²⁸ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* 6, 309 y sigs. Para documentación extensa: *Der Konkordatsprozess* (El proceso sobre el concordato) en *Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik in Mainz* (Título traducido *ut supra*), Vol. 7, Maguncia, 1957-1959.

²⁹ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen*, 12, 205 y sigs. Documentación más extensa en *Der Fernsehstreit vor dem Bundesverfassungsgericht* (“El litigio sobre la televisión ante el Tribunal Constitucional Federal”), publicado por Zehner, Vol. I, 1964, Vol. 2, 1965.

³⁰ Cfr. a este respecto, extensamente: Rupp, en *Festgabe für Carlo Schmid* (“Publicación jubilar en honor de Carlo Schmid”), 1962, pág. 141 y sigs.; Bayer, *Die Bundestreue* (La fidelidad federal), 1961; Gebhard Müller, *Bundestreue im Bundesstaat* (Fidelidad federal dentro del Estado federal), en *Festschrift Kissinger* (Publicación jubilar Kissinger), 1964, págs. 213 y sigs.

solidación de la estructura interna de la República Federal de Alemania.

En conexión con el conjunto de las cuestiones enunciadas se sitúan los litigios entre los distintos estados (*Länder*) cuya resolución está asimismo comprendida dentro de la esfera de competencia del Tribunal Constitucional Federal (Art. 93, párrafo 1, apartado 4° de la Ley Fundamental). Verdad es que, hasta la fecha no se ha dado aun el caso de haberse sometido un litigio de este género al Tribunal Constitucional Federal.

Dentro de los propios estados (*Länder*) está Tribunal Constitucional Federal facultado para actuar, siempre que el estado respectivo transfiera al Tribunal Constitucional Federal las atribuciones propias de un tribunal constitucional del *Land* (Art. 99 de la Ley Fundamental). Empero, el sólo estado que ha hecho uso de esta facultad es el *Land* de Sleswig-Holstein, siendo así que los demás estados — a excepción de Berlín, que se encuentra en una situación especial en materia de derecho constitucional — poseen sus propios tribunales constitucionales y estatales, dotados, algunos de ellos, de esferas de competencia sumamente extensas³¹. Aparte de ello, posee también el Tribunal Constitucional Federal una esfera de competencia de carácter subsidiario para entender en cualesquiera litigios sobre cuestiones de derecho público de los *Länder*, siempre que no exista otra jurisdicción competente a tales efectos (Art. 93, párrafo 1, apartado 4° de la Ley Fundamental).

En un sentido más lato procede incluir entre este género de cuestiones los llamados “litigios orgánicos” (*Organstreitigkeiten*) que no sean precisamente de los surgidos entre órganos constitucionales de la federación. En esos casos, es también el Tribunal Constitucional Federal el llamado a resolver la cuestión litigiosa (Art. 93, párrafo 1, apartado 1° de la Ley Fundamental). Con arreglo a la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, están asimismo facultados los partidos³² y las fracciones políticas³³, e incluso, individualmente, los diputados, considerados a estos efectos como órganos constitucionales, para promover litigios de ese género³⁴. Frecuentemente se trata de resoluciones que afectan a proble-

³¹ Sobre la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los *Länder* cfr. por ejemplo, Bachof-Jesch, *Die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland*, (La jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los “Länder” en la República Federal de Alemania) en: *Jahrbuch für Öffentliches Recht Neue Folge*, (Anuario de Derecho público, Nueva Serie), Vol. 6. 1957, págs. 47 y sigs. Cfr. también *Lechner, op. cit.*, págs. 685 y sigs.

³² *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 1, 223 y sigs., y 4, 27 (Resolución adoptada por el Tribunal en sesión plenaria).

³³ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen*, 1, 351 y sigs. y 1, 372 y sigs.

³⁴ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen*, 2, 143 (164) y 10, 4 (10).

mas políticos de primordial importancia. Así, por ejemplo, se dió el caso de que el llamado "Convenio de Petersberg" (*Petersberger Abkommen*), que venía a ser el primer paso de la República Federal hacia la recuperación de la soberanía y su incorporación a la comunidad de países libres llegase a ser objeto de un litigio substanciado ante el Tribunal Constitucional Federal³⁵. La posición de los partidos ha resultado consolidada merced a la actuación del Tribunal Constitucional Federal, lo que es debido principalmente a la circunstancia de haberles éste conferido el derecho a hacer valer los casos de violación de sus derechos constitucionalmente garantizados en los procedimientos electorales por vía de un litigio orgánico³⁶.

Debido al caracter marcadamente político de todos esos procedimientos, se había mostrado todavía cierto temor en la época de la Constitución de Weimar a someter los litigios en que eran parte los órganos supremos del Reich a la Corte de Justicia Estatal. El hecho de que la Ley Fundamental haya confiado, incluso las cuestiones comprendidas dentro de esta esfera, a la competencia del Tribunal Constitucional Federal, denota hasta que punto el legislador constituyente se ha esforzado por conseguir que las normas jurídicas fundamentales y los principios, tales como dimanen del sistema del ordenamiento constitucional, surtan también su eficacia en el ámbito de la política.

3. *Problemas relacionados con la revisión en materia electoral*

El Tribunal Constitucional Federal interviene, después de todo, también dentro de un ambiente netamente político, siempre que actúa en calidad de órgano encargado de la substanciación de recursos promovidos en materia electoral. En principio, la revisión en materia de elecciones es de la incumbencia de la Asamblea Federal (*Bundestag*), la cual está asimismo facultada para decidir, si un diputado al *Bundestag* ha quedado decaído de su derecho a figurar como miembro de dicha Asamblea (Art. 41, párrafo 1 de la Ley Fundamental). Estas decisiones son, no obstante, susceptibles de recurso ante el Tribunal Constitucional Federal (Artículo 41,

³⁵ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 1, 351 y sigs. Cfr. asimismo los litigios orgánicos relacionados con la aplicación del Tratado general juntamente con los tratados complementarios y el Tratado sobre la Comunidad Económica Europea (*EWG-Vertrag*) como también la compatibilidad de las fuerzas armadas y del servicio militar obligatorio con la Ley Fundamental, *B-Verf-GE* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 1, 281 y sigs. y 1, 397 y sigs.

³⁶ Cfr. también la nota 17 *ut supra*, como asimismo *B-Verf-GE* 6, 85 (104); 7, 99 (103); 11, 234 (241 y sigs.); 14, 121 (129).

párrafo 2 de la Ley Fundamental). Análogamente, corresponde al Tribunal Constitucional Federal la resolución de recursos concernientes a los *referenda*³⁷, si bien es verdad que, en el sistema parlamentario propio de la Ley Fundamental, estos desempeñan un papel secundario y únicamente están previstos para la eventualidad de una nueva estructuración del territorio federal mediante la modificación de los límites de los *Länder* (Artículo 29 de la Ley Fundamental). La función revisora en materia electoral constituye una atribución importantísima del Tribunal Constitucional Federal, cuya trascendencia aparece tanto más realzada, que el Tribunal Constitucional Federal está llamado a comprobar en esta clase de recursos, si la ley electoral con arreglo a la cual se ha verificado la elección es compatible, en sí misma, con la Ley Fundamental. A este respecto, el Tribunal Constitucional Federal ha comprobado que la demarcación electoral, basada en el censo general de población de 1949, año en que fue instituida la República Federal, había dado lugar a serios reparos con ocasión de las elecciones de 1961³⁸. En vista de ello, el legislador federal acordó proceder a una nueva demarcación de los distritos electorales que tenga más eficazmente en cuenta el mantenimiento de la igualdad de derechos para todos los ciudadanos.

Las funciones y los cometidos del Tribunal Constitucional Federal en cuestiones de trascendencia inmediata en el terreno de la política no han dejado de dar lugar a discusiones. La crítica tiende esencialmente a refutar la procedencia de que el Tribunal sea llamado a conceder un alcance excesivo a su actuación relacionada con problemas políticos y que de este modo pueda perturbarse el desenvolvimiento del libre juego de las fuerzas políticas y restringirse la actividad de estructuración social de los órganos responsables del poder ejecutivo³⁹. En efecto, determinados litigios, como por ejemplo, los procesos entablados con motivo del Convenio de Petersberg o en relación con el Estatuto del Sarre — debiendo tenerse en cuenta, que este último no ha sido resuelto en concepto de con-

³⁷ Artículo 5, párrafo 4 y los artículos 16, párrafo 3 y 32, párrafo 3 de la Ley de 23 de diciembre de 1955 sobre iniciativas populares y *referendum* en los casos de procederse a una nueva estructuración del territorio federal con arreglo al artículo 29, párrafos 2 a 6 de la Ley Fundamental en conexión con los artículos 1 y 18 de la ley de 12 de marzo de 1951 sobre revisión de elecciones.

³⁸ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 16, 130 y sigs.

³⁹ En orden a los problemas de este género cfr., por ejemplo, Leibholz en *Das Bundesverfassungsgericht* (El Tribunal Constitucional Federal), Karlsruhe 1963, págs. 61 y sigs.; el mismo autor en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Vol. 6, 1957, págs. 109 y sigs., introducción a la "Statusdenkschrift" des *Bundesverfassungsgerichts* (Memoria sobre la posición legal del Tribunal Constitucional Federal); Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, *Bundesverfas-*

flicto orgánico, sino en calidad de procedimiento de revisión de normas jurídicas⁴⁰ – parecen, a primera vista, de naturaleza propia para sustraerse a una apreciación judicial. La resolución parece depender exclusivamente de cuestiones de conveniencia política. En estos casos, el Tribunal Constitucional Federal ha dado lugar a que “en estricta observancia de las normas jurídicas vigentes”, incluso “aquello que, en sí mismo, es de naturaleza netamente política fuera objeto de apreciación judicial”⁴¹. En último término, esto no viene a ser sino la expresión del principio fundamental que se manifiesta a través de todo el sistema constitucional de la República Federal, con arreglo al cual, aquello cuya salvaguardia presenta el mayor interés no es el Estado, sino el Derecho y, en virtud del cual, las manifestaciones de la vida estatal no pueden desenvolverse dentro del vacío producido por la ausencia de toda influencia jurídica, sino que han de ser necesariamente evaluadas con arreglo a los principios elementales del Derecho.

El Tribunal Constitucional Federal no ha dejado, empero, de señalar asimismo las limitaciones a que estaba sujeta su actuación dentro del ámbito de la política y ha advertido reiteradamente que la resolución en cuestiones de oportunidad han de solventarse en la esfera política y no es objeto de la apreciación judicial⁴²; ha declarado intangible con arreglo a las normas constitucionales pertinentes la esfera de atribuciones reservada a la libre apreciación del legislador, en tanto que no vulnere ningún precepto normativo de derecho. En el proceso sobre la prohibición del Partido Comunista de Alemania, ha formulado por mediación de su Presidente el pronunciamiento accesorio conforme al cual la resolución acerca de la oportunidad de un proceso de esa índole no es de la competencia del Tribunal

sungsgerichtsgesetz, Kommentar (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal), Munich-Berlín, 1965, págs. 8-9 y sigs.; Eichenberger, *Die richterliche Abhängigkeit als staatsrechtliches Problem* (“La dependencia judicial como problema de derecho público”), Berna 1960, págs. 126 y sigs.; McWhinney, *Judicial Restraint in the West German Constitutional Court*, Harvard Law Review, 75, 1961, págs. 1 y sigs. En conexión con lo expuesto, interesa hacer constar que la evocación de una *political clause* que faculta al Tribunal Supremo de Estados Unidos para rehusar la decisión de recursos que afecten a cuestiones litigiosas de alta política, queda descartada ante el Tribunal Constitucional Federal.

⁴⁰ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal), 4, 157 y sigs.

⁴¹ Leibholz, en *Das Bundesverfassungsgericht* (“El Tribunal Constitucional Federal”), *op. cit.*, pág. 64, en conexión con la “*Statusdenkschrift*” (Memoria sobre la posición legal del referido Tribunal), *op. cit.*, pág. 145.

⁴² Cfr. a este respecto resolución concerniente al estatuto del Sarre, *op. cit.*, pág. 168. Acerca de las leyes que sólo surten efecto en el interior del Estado, cfr. por ejemplo *BVerfGE* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 3, 162 y sigs; 3, 288 (337); 4, 144 (155); 9, 201 (206); 11, 245 (253); 15, 167 (201 y sig.); 18, 121 (124); 18, 315, (325).

Constitucional Federal⁴³. El Tribunal Constitucional Federal se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que existe una presunción *juris tantum* que obliga a admitir, salvo prueba en contrario, que los órganos políticos actúan en forma que no dá lugar a reparo, desde el punto de vista jurídico⁴⁴ y en toda ocasión ha confirmado, que la existencia de una jurisdicción constitucional no implica traba alguna para la iniciativa política, sino más bien la defensa de un sistema de valores como objetivo de la actividad política. Es justamente mediante su actitud de autolimitación ponderada como el Tribunal Constitucional Federal ha contribuido eficazmente a que enmudezcan las críticas acerca del papel asignado al mismo en el ámbito de la política.

B. COMPROBACION DE NORMAS JURIDICAS

En los procedimientos para comprobación de normas a los que ya se ha hecho alusión anteriormente no se trata, como acaece en los litigios constitucionales, de juicios contradictorios en los que se enfrentan dos partes adversas, sino de procedimientos de carácter objetivo en los que se debate sobre la validez de normas. El Tribunal Constitucional Federal está llamado a actuar directamente en calidad de guardián y defensor del derecho, y no de un modo indirecto a través de la garantía que ofrece el ordenamiento estatal, como es el caso en los litigios constitucionales.

Son objeto de tales procedimientos, en primer lugar, los derechos fundamentales y los derechos humanos, si bien el alcance de la comprobación de normas jurídicas supera, por regla general, el ámbito menos extenso de los derechos fundamentales. La comprobación de normas tiene por finalidad revisar los preceptos jurídicos por lo que respecta a su compatibilidad con la Ley Fundamental. La resolución correspondiente no es de las que se dictan en el marco de procedimientos con arreglo a los cuales los preceptos jurídicos aludidos tienen en principio cierto valor resolutorio; no se trata, por consiguiente de una resolución incidental – tal como la dictada, por ejemplo en la *judicial review* por el Tribunal Supremo de Estados Unidos – sino de una sentencia resolutoria de la cuestión de fondo. En este concepto, la instauración del procedimiento objetivo de comprobación de normas jurídicas representa un cambio radical con respecto a la era de Weimar, durante la cual es cierto que el Tribunal Supremo del Reich estaba facultado, en virtud del artículo 13, párrafo 2 de la Constitución de Weimar,

⁴³ Cfr. *der KPD Prozess* ("El proceso contra el Partido Comunista de Alemania"), *op. cit.*, Vol. 3, pág. 585.

⁴⁴ Así consta especialmente en *BVerfGE* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 4, 157 (168).

para comprobar la compatibilidad del derecho vigente en un estado (*Land*) determinado con la susodicha Constitución, pero por lo demás sólo tenía atribuciones para resolver incidentalmente sobre la compatibilidad de disposiciones propias de la legislación del *Reich* con la Constitución, e incluso esta facultad no le estaba reconocida en virtud de atribución expresa, sino tan sólo a base de la constante jurisprudencia del propio Tribunal Supremo del *Reich*.

Otra particularidad es la concentración de la facultad resolutoria judicial acerca de la inconstitucionalidad de preceptos de simple derecho en un cuerpo sentenciador neutral, como es el Tribunal Constitucional Federal. Merced a este arreglo, queda garantizada, ante todo, la unidad de la jurisprudencia en materia constitucional. Se evita que diversos tribunales interpreten distintamente la Constitución y que ésto dé lugar a cierta inseguridad en lo tocante a cuestiones de derecho constitucional. Por otra parte, cabe afirmar que esta monopolización de la facultad resolutoria en favor del más alto Tribunal que entiende en cuestiones constitucionales viene a recalcar la autoridad acrecentada de que disfruta el poder legislativo dentro del sistema constitucional de la República Federal. Únicamente un Tribunal que por sí mismo ocupa una posición privilegiada en el ámbito del derecho constitucional es el llamado a poseer la facultad de declarar inconstitucionales actos emanados del legislador.

1. *Comprobación en concreto de normas jurídicas*

La denominada "comprobación en concreto de normas jurídicas" (Art. 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental) es la que en la práctica se presenta con mayor frecuencia. El punto de partida es siempre un litigio determinado, en el cual el tribunal que conoce del mismo considera inconstitucional el precepto jurídico que está llamado a aplicar. En este caso, el Tribunal carece de competencia para resolver por sí mismo acerca de la inconstitucionalidad de la norma jurídica, viéndose en cambio obligado a suspender la tramitación del procedimiento, al efecto de recabar la resolución del Tribunal Constitucional Federal. Esta facultad le está reconocida a todo tribunal, incluso a los jueces de las instancias más ínfimas.

Hasta el primero de enero de 1965 han sido sometidos al Tribunal Constitucional Federal 1029 procedimientos de la índole descrita. Si bien es cierto que tan sólo una pequeña parte de esos procedimientos ha dado lugar a que se declarase inconstitucional una norma jurídica, resulta, no obstante, que la mera posibilidad de que se interponga un procedimiento de ese género obliga al legislador a examinar cuidadosamente si el precepto jurídico que se propone implantar es susceptible de compaginar con la Constitución. En los procedimientos de comprobación en concreto de normas

jurídicas se han dictado diversas sentencias que revisten verdadera importancia para el sistema de derechos fundamentales. A título de ejemplo, cabe citar la sentencia de enero de 1957⁴⁵ en la cual el Tribunal Constitucional Federal ha formulado en un procedimiento de comprobación en concreto de normas de derecho fiscal unos considerandos interpretativos de fundamental importancia para la protección del matrimonio y de la familia en virtud de lo estatuido a este respecto en la Ley Fundamental (Art. 6 de dicha Ley).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal no ha considerado admisible que la comprobación en concreto de normas abarque toda clase de preceptos jurídicos. Únicamente las leyes, en la acepción formal propia de este término, adoptadas después de entrada en vigor la Ley Fundamental, son susceptibles de verse sometidas a la comprobación en concreto de normas, no pudiendo, en cambio, ser objeto de dicho procedimiento las disposiciones implantadas por decreto⁴⁶ o las de derecho pre-constitucional⁴⁷. En tales casos, no está en tela de juicio la autoridad de un parlamento constitucional en su calidad de legislador, no habiendo, por consiguiente, necesidad de otorgar una protección reforzada mediante la concentración de la facultad resolutoria en manos del Tribunal Constitucional Federal. Por otra parte, se ha ensanchado, en cierto modo, el ámbito de las posibilidades de obtener la comprobación en concreto de normas jurídicas debido a la circunstancia de que por este mismo procedimiento cabe asimismo comprobar la compatibilidad de los preceptos jurídicos propios de la legislación de los *Länder* con el simple derecho federal (Art. 100, párrafo 1, inciso 2º de la Ley Fundamental). Siempre que la norma jurídica de un *Land* infringe el derecho federal, queda con ello vulnerada la disposición de la Ley Fundamental (Art. 31) en virtud de la cual el derecho federal anula plenamente el derecho del *Land* en lo que éste tenga de incompatible, menoscabando, por consiguiente, el orden constitucional.

2. Comprobación en abstracto de normas jurídicas

Un procedimiento que se da con menos frecuencia en la práctica, pero que iguala en importancia al antes descrito, es la llamada "comprobación en abstracto de normas jurídicas", en el cual el Gobierno Federal, el Gobierno de un *Land*, e incluso una tercera parte de los miembros del *Bundestag* (Asamblea Federal) están facultados para instar una comprobación de la constitucionalidad de normas de derecho, sin que necesariamente haya de preceder

⁴⁵ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 6, 55 y sigs.

⁴⁶ *Ibid.* 1, 184.

⁴⁷ *Ibid.* 2, 128 y sigs.

un procedimiento determinado (Art. 93, párrafo 1, inciso 2° de la Ley Fundamental). En contraposición a lo que acaece con el procedimiento de comprobación en concreto de normas, cabe someter a la comprobación en abstracto de normas los preceptos jurídicos de todo género, por consiguiente, también las disposiciones implantadas por decreto y las de derecho pre-constitucional.

De particular trascendencia en el orden político es el hecho de que esté también facultada para promover un procedimiento de esta índole una tercera parte de los miembros de la Asamblea Federal (*Bundestag*). De esta forma se da la posibilidad a una minoría parlamentaria atendible, vencida en las luchas políticas, para recurrir ante el Tribunal Constitucional contra decisiones de la mayoría, en el caso que entienda que la mayoría no se ha mantenido dentro del marco de la Constitución. La minoría parlamentaria, es decir, la oposición, puede de este modo convertirse en una auténtica guardiana de la Constitución y del conjunto de valores que constituyen la base de la Constitución. El precitado litigio sobre el Estatuto del Sarre puede citarse como ejemplo típico de un recurso de este género. Constituye, por cierto, también un ejemplo típico de la prudencia de que da prueba el Tribunal Constitucional Federal cada vez que está llamado a desenvolverse en el ámbito de cuestiones originariamente políticas.

Otros ejemplos de comprobación en abstracto de normas jurídicas de significación eminentemente política fueron el litigio acerca de la compatibilidad de las leyes de los *Länder* de Hamburgo y Bremen concernientes a un *referendum* sobre el armamento atómico de la República Federal con la Ley Fundamental⁴⁸, como asimismo acerca de la constitucionalidad de un régimen de favor en materia fiscal para las donaciones a partidos políticos⁴⁹. En estos casos, los peticionarios eran, respectivamente, el Gobierno Federal y el Gobierno del estado (*Land*) de Hesse. La petición consiguió en ambos casos el éxito deseado, lo que permite considerar también a estos procesos como ejemplos de resoluciones en las cuales el Tribunal Constitucional Federal, a pesar de toda su prudencia, se ha visto obligado a intervenir constructivamente en la vida política.

Con harta frecuencia se ha criticado el procedimiento de comprobación de normas por temer que llegara a quebrantarse el principio de la división de poderes y que el juez invadiere la esfera de atribuciones del legislador. Resulta en efecto, que la sentencia

⁴⁸ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 8, 104 y sigs.; Cfr. también el Litigio entre la federación y diversos estados de la misma (*Bund/Länder Streit*) *ibid* 8, 124 y sigs, sobre *referenda* en municipios del estado de Hesse; asimismo, las resoluciones sobre medidas provisionales adoptadas en dichos litigios: *ibid* 7, 367 y sigs. y 7, 374 y sigs.

⁴⁹ *Ibid*. 8, 51 y sigs.

del Tribunal Constitucional Federal sobre la nulidad de una ley, lo mismo si aparece dictada en un procedimiento de comprobación de normas, que si lo ha sido en un recurso de inconstitucionalidad, tiene fuerza de ley (Artículo 31, párrafo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal) y ha de ser publicada en el Diario Oficial de la República Federal (*Bundesgesetzblatt*). A pesar de ello, se trata materialmente de una forma de actividad judicial, de la subsunción de una cuestión de hecho – en este caso, una norma – bajo un precepto jurídico – en este caso, la Ley Fundamental. La comprobación de la legitimidad de todos los actos del poder público, con inclusión de los actos legislativos, constituye una función de naturaleza arraigadamente judicial. Debido a su reconocida importancia para la observancia y el mantenimiento del sistema de conjunto propio de la Constitución es por lo que la institución de la comprobación de normas ha logrado encontrar, pese a todas las críticas, una aceptación preponderante y ha sido también parcialmente introducida en el extranjero.

3. *Procedimiento de calificación de normas*

Presentan rasgos de evidente afinidad con el procedimiento de comprobación de normas los denominados procedimientos de calificación de normas, en los cuales el Tribunal Constitucional Federal estatuye – igualmente con fuerza de ley – obligatoriamente sobre la validez de determinados preceptos jurídicos. La Ley fundamental admite la existencia de un procedimiento de esta índole al efecto de dilucidar si una norma general de derecho internacional forma parte integrante del derecho federal y crea por sí sola derechos y obligaciones para cada individuo (Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental). El problema es similar cuando el Tribunal Constitucional Federal estatuye acerca de la continuidad de la vigencia de preceptos de derecho pre-constitucional en calidad de derecho federal (Art. 126 de la Ley Fundamental).

4. *Mantenimiento de la unidad jurídica*

En una acepción más amplia aparece finalmente comprendida en este complejo una atribución más que, en forma análoga a los procedimientos de comprobación y de calificación de normas, está llamada a asegurar el mantenimiento de la unidad jurídica en el terreno del derecho constitucional. El Tribunal Constitucional Federal está igualmente llamado a resolver, siempre que el tribunal constitucional de un *Land* se proponga apartarse de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal o de una resolución dictada por el tribunal constitucional de otro *Land* (Art. 100, párrafo 3 de la Ley Fundamental).

C. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Si en los litigios constitucionales y en los procedimientos de comprobación de normas, las atribuciones del Tribunal Constitucional Federal están destinadas, en primer término, a asegurar la protección de la organización del Estado y la defensa de la unidad jurídica constitucional y con ello, a contribuir más bien indirectamente a la protección del individuo y de los derechos humanos inherentes al mismo, resulta en cambio, que en el procedimiento propio del recurso de inconstitucionalidad son los derechos fundamentales del individuo los que figuran en primer plano. Es verdad que, a su vez, ésto implica una protección del orden jurídico en conjunto⁵⁰, por lo que las garantías que lo abarcan se manifiestan precisamente en la conjunción de las distintas esferas de competencia que han sido previstas para defensa del sistema de valores que está a la base de la Constitución.

A diferencia de lo que acaece con casi todas las demás atribuciones del Tribunal Constitucional Federal⁵¹, el recurso de inconstitucionalidad no ha sido creado por la Ley Fundamental, sino por preceptos de simple derecho (Artículos 90 y sigs. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal). Ha lugar a formularlo, siempre que alguien afirme de un modo concluyente haber sido lesionado en sus derechos fundamentales por el poder público, habiendo de tenerse en cuenta que los derechos que aparecen enumerados en los artículos 1 a 19 de la Ley Fundamental no son los únicos que pueden ser objeto del recurso, sino que existen otros diversos derechos de igual condición a esos efectos, a saber: la protección contra los tribunales de excepción (Art. 101 de la Ley Fundamental), así como el derecho a ser oído en justicia (Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental), los axiomas *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental) y *non bis in idem* (Art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental), las garantías jurídicas de la Ley Fundamental en los casos de privación de libertad (Art. 104 de la Ley Fundamental), mas también las disposiciones esenciales de las leyes sobre cargos y servicios públicos (Art. 33 de la Ley Fundamental) y los principios básicos del derecho electoral (Art. 38 de la Ley Fundamental). Por otra parte, no son únicamente las resoluciones judiciales y los actos del poder ejecutivo los que pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad, sino que cabe interponer este último incluso contra actos legislativos, si una persona ha sido individualmente lesionada en sus derechos de un modo inmediato por la norma

⁵⁰ Lechner, *op. cit.*, pág. 609, Cfr. Friesenhahn, *op. cit.*, pág. 7.

⁵¹ A excepción de las referidas atribuciones con arreglo a la Ley sobre iniciativas populares y *referendum* (Véase *ut supra*, nota 22).

jurídica. Pero, aun en el supuesto de que sólo sean impugnados el acto del poder ejecutivo basado en una ley o la resolución judicial fundada en la misma, será preciso revocar la norma que hubiera servido de base, cuando resultare ser inconstitucional. A esos efectos, es suficiente una infracción contra otros preceptos constitucionales que no figuran en la lista de derechos fundamentales y cuya inobservancia no puede, desde luego, denunciar la persona afectada por vía de un recurso de inconstitucionalidad, pero que, una vez presentado el recurso, han de ser tenidos en cuenta conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal⁵². El trascendental alcance del recurso de inconstitucionalidad apenas si sufre merma, ni aun por la circunstancia de que, por regla general, sólo proceda interponer el recurso una vez agotadas las vías de derecho previstas por las leyes; en casos excepcionales puede ser admitido antes, cuando se trate de un asunto de interés general o si, en otro caso, pudieran irrogarse al interesado perjuicios graves e ineludibles (Art. 90, párrafo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal). Se trata, por consiguiente, de una regulación de amplísimo alcance que otorga al ciudadano individualmente considerado – pero también a las personas jurídicas, en tanto que sean titulares de derechos constitucionales (Art. 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental) – extensas facultades contra eventuales extralimitaciones del poder público⁵³.

Es harto comprensible, que el recurso de inconstitucionalidad desempeñe un papel preponderante en la práctica del Tribunal Constitucional Federal. La gran mayoría de los procedimientos sometidos al mismo hasta la fecha son recursos de inconstitucionalidad. Hasta el 31 de octubre de 1965 han alcanzado la cifra de 14.000 y cada mes ingresan aproximadamente un centenar de recursos que se reparten entre ambas Salas. En su inmensa mayoría, esos recursos han sido desestimados. Frecuentemente carece el recurrente de los conocimientos jurídicos necesarios y no pocas veces se llega incluso a abusar de la posibilidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad. Muchos recurrentes ven en el Tribunal Constitucional Federal una especie de super-instancia de revisión facultada para resolver toda clase de litigios aun después de agotadas todas las vías normales de derecho. Frente a esto, la jurisprudencia

⁵² Véase en particular *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 12, 362 y sigs. Por regla general, se acude a la interpretación de los artículos 2 y 101 de la Ley Fundamental para penetrar en el ámbito de estas cuestiones (Cfr. también la nota 61, más abajo).

⁵³ También los municipios están facultados para interponer recursos de inconstitucionalidad por infracción a las disposiciones legales que garantizan su régimen autónomo (Art. 91 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal).

dencia del Tribunal Constitucional Federal ha insistido reiteradamente en poner en claro que el procedimiento promovido ante este tribunal no viene a ser simplemente una instancia más, sino que constituye algo completamente nuevo e independiente, a saber: un examen efectuado con arreglo a las normas de la Ley Fundamental y sólo a base de las mismas⁵⁴.

De cada diez recursos fracasan unos nueve, ya en un examen previo en que la admisión de los mismos puede ser denegada por una ponencia integrada por tres Magistrados, por resultar ser manifiestamente inadmisibles o infundados (Art. 93a, párrafos 2 y 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal) o por la Sala respectiva, cuando no hay motivo de esperar que el recurso aporte la aclaración de una cuestión constitucional y el recurrente no corra peligro de sufrir un perjuicio grave e ineludible a consecuencia de la inadmisión (Art. 93a, párrafo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal). Pero asimismo, de entre los recursos de inconstitucionalidad admitidos, que han sido decididos por sentencia de la Sala respectiva, sólo una pequeña parte de los mismos han tenido éxito hasta la fecha.

Por otra parte, no debe pasarse por alto que precisamente en los procedimientos inherentes al recurso de inconstitucionalidad se han dictado una serie de importantes resoluciones que han resultado particularmente eficaces para la protección de los derechos fundamentales y humanos en el marco de la Constitución y han demostrado la trascendencia del recurso de inconstitucionalidad como garantía de los derechos fundamentales. Tal ha sido el caso especialmente en materia de libertad de opinión, de libertad profesional y de derecho a ser oído en justicia. Fue necesario revisar diversas disposiciones del Código penal, de las leyes de la circulación y de las leyes tributarias que contravenían a la Ley Fundamental. Merecen ser puestas de relieve ciertas resoluciones dictadas en materia de derecho electoral de entidades municipales⁵⁵ y de provisión de cargos judiciales⁵⁶. En muchos casos en los que el recurso de inconstitucionalidad fue desestimado, se han podido aclarar cuestiones de derecho constitucional dudosas, pero de reconocida importancia, como acaeció en los recursos de inconstitucionalidad

⁵⁴ Así consta ya en *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 1, 4 y 1, 5. Cfr. también *ibid.* 11, 343 (349), y Smend, en *Das Bundesverfassungsgericht* (El Tribunal Constitucional Federal), *op. cit.*, pág. 30.

⁵⁵ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 11, 266 y sigs.; cfr. también *ibid.* 11, 351 y sigs.; 12, 10 y sigs. y las resoluciones interlocutorias *ibid.* 11, 102 y sigs. y 11, 306 y sigs.

⁵⁶ *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 17, 294 y sigs.; cfr. además *ibid.* 18, 65 y sigs.

concernientes a la ley sobre el servicio militar obligatorio⁵⁷. La constancia de la constitucionalidad de una disposición oficial impugnada mediante un recurso de inconstitucionalidad constituye una aportación altamente valiosa para el mantenimiento de la seguridad y de la paz jurídicas; evita que esas disposiciones sean objeto de ulteriores censuras y contribuye a la interpretación con carácter de obligatoria observancia de la Ley Fundamental.

Por lo demás, la institución del recurso de inconstitucionalidad viene también a asegurar la observancia de los derechos fundamentales, ante todo, por el hecho de que los titulares del poder público se vean obligados a tener siempre en cuenta en el curso de sus actividades la posibilidad de una intervención judicial y, por tal motivo, precisados a tomar en consideración las conexiones con las normas de derecho constitucional. Precisamente por razón de su arraigo en la conciencia popular es por lo que la institución jurídica del recurso de inconstitucionalidad desempeña un papel de reconocida importancia para la plena efectividad del sistema de derechos fundamentales⁵⁸. Es un hecho perfectamente comprobable, que la institución del recurso de inconstitucionalidad ha significado una contribución esencial a la penetración del ordenamiento fundamental democrático, dentro de la conciencia de la población y motivado que que las resoluciones de carácter básico emanadas del poder constituyente alcanzaran una amplísima difusión⁵⁹. Una breve ojeada sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal⁶⁰ será el medio más indicado para poder apreciar claramente la extensión y la importancia de la protección asegurada por la misma.

El artículo 1º de la Ley Fundamental confirma la intangibilidad de la dignidad humana, cuyo respeto y cuya protección — según declara — constituyen la obligación de todo poder estatal. Los derechos humanos aparecen calificados de inviolables e intangibles y son considerados como la base de toda colectividad humana, de la paz y de la justicia. Los tres poderes se hallan vinculados de un modo inmediato a los derechos humanos. La Constitución reconoce, por consiguiente, hallarse inspirada en un sistema de

⁵⁷ *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 12, 311 y sigs.; véase a este respecto también *ibid.* 12, 45 y sigs. Acerca de la importancia de los recursos de inconstitucionalidad desestimados para la aclaración de cuestiones de derecho constitucional cfr. asimismo Lehner, *op. cit.*, pág. 669.

⁵⁸ Cfr. Gebhard Müller, en *Das Bundesverfassungsgericht* (El Tribunal Constitucional Federal), *op. cit.*, pág. 30.

⁵⁹ Cfr. Smend, *op. cit.*, pág. 30.

⁶⁰ Para una visión de conjunto sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal cfr., por ejemplo, Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, *op. cit.*, pág. 90, número marginal 52 y sigs.; Engler en *Das Bundesverfassungsgericht* (El Tribunal Constitucional Federal), *op. cit.*, pág. 87 y sigs. y Zehner, *ibid.*, pág. 195 y sigs.

valores conforme al cual los derechos fundamentales derivan de la idea superpositiva de la dignidad humana y que no admite una legitimación de los mismos en virtud de concesiones estatales. Siendo así, resulta que los derechos fundamentales ya no están destinados, como en tiempos anteriores, a surtir efecto exclusivamente en el marco de las leyes: antes bien, son las leyes, por el contrario, las llamadas a surtir únicamente efecto en el marco de los derechos fundamentales⁶¹.

El Tribunal Constitucional Federal ha confirmado reiteradamente esta preexistencia de un sistema de valores superpositivo. "Este sistema de valores, que tiene como centro la personalidad humana desenvolviéndose libremente dentro de la colectividad social y de su dignidad, ha de ser considerada como una resolución fundamental de derecho constitucional valedera para todos los ámbitos del derecho"⁶².

"Este ordenamiento básico aparece, a su vez, fundado en último término, con arreglo a la resolución consignada en la Ley Fundamental, en la idea de que, en virtud del orden proveniente de la Creación, el hombre posee un valor propio e independiente y la libertad y la igualdad son valores básicos permanentes de la unidad estatal. Por lo tanto, ha de considerarse el ordenamiento fundamental como un orden vinculado a determinados valores. Constituye la antítesis del Estado totalitario que, por su condición de poder de dominio exclusivo rechaza la dignidad humana, la libertad y la igualdad"⁶³.

La obligación fundamental del Estado y de todo poder estatal de respetar y proteger la dignidad humana implica, por consiguiente, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, una indicación que ha de ser tenida en cuenta para la interpretación de los demás derechos fundamentales. El difunto segundo presidente del Tribunal Constitucional Federal, Sr. Wintrich ha calificado por tal motivo el artículo 1º de "principio constitucional supremo"⁶⁴. En relación con el artículo 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental, que ampara a todos y cada uno de los derechos fundamentales "en su núcleo esencial", se reconoce de esa forma la existencia de un ámbito dentro del cual le está vedada al Estado

⁶¹ Herbert Krüger, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung* ("Ley Fundamental y legislación sobre sindicatos industriales"), Göttingen, 1950, pág. 12.

⁶² *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 7, 198, (205).

⁶³ *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 2, 1 (12). Análogamente, también *ibid.* 12, 45 (53): "La Ley Fundamental considera la libre personalidad humana y su dignidad como los supremos valores jurídicos".

⁶⁴ Citado según Maunz-Dürig, *Grundgesetz, Kommentar* (Ley Fundamental, Comentarios), Munich-Berlín 1964/65. Art. 1º, cifras marginales 4 y 14. Cfr. también *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* 6, 32 (36).

toda intervención⁶⁵, por el hecho de estar en juego el propio "contenido de la dignidad humana"⁶⁶.

En un ordenamiento de valores de esta índole, los derechos fundamentales no trascienden solamente sobre las relaciones entre el poder público y los ciudadanos; antes bien, resulta que los efectos de la resolución fundamental de derecho constitucional irradia asimismo sobre las relaciones de los ciudadanos entre sí. Además, haciendo caso omiso de que las disposiciones de derecho privado que sean declaradas inconstitucionales son nulas de pleno derecho, resulta que el sistema de valores de la Ley Fundamental establece — con carácter marcadamente general reglas para la interpretación y la aplicación de normas de derecho privado⁶⁷. Estos efectos de los derechos fundamentales revisten gran importancia en la esfera del derecho privado, particularmente por lo que respecta a las relaciones de derecho de la persona aislada con las grandes asociaciones y demás poderes intermedios de reconocida importancia. Frecuentemente se da el caso en nuestros días de que el Estado soberano ya no aparece como adversario de los derechos del individuo — lo que, por cierto, estaba en perfecta consonancia con el punto de vista liberal, que consideraba los derechos fundamentales como derechos de defensa⁶⁸ —, apareciendo, en cambio, vinculada dicha condición de adversario en determinadas agrupaciones privadas que desenvuelven su peculiar dinamismo en el ámbito interno del Estado. Como es natural, todo esto se manifiesta de un modo claro y evidente, sobre todo en el mundo de las actividades laborales y económicas. De conformidad con estos asertos, la Sala Primera del Tribunal de Trabajo Federal ha formulado — sin dejar de ser controvertidas — conclusiones de un alcance extraordinario en este terreno acerca de los denominados "efectos de los derechos fundamentales frente a terceros"⁶⁹. El Tribunal Constitucional Federal se ha mostrado más reservado a este respecto, si bien ha confirmado

⁶⁵ Maunz-Dürig, *op. cit.*, cifra marginal 45 y cifra marginal 81 en relación con Wintrich, *Bayer. Verwaltungsblätter* (Boletín de la Administración de Baviera) 1957, pág. 140.

⁶⁶ Wintrich, *ibid.*, *loc. cit.*

⁶⁷ Cfr. *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 7, 198 y sigs.

⁶⁸ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 7, 198 (204 y sigs.). Para más detalles acerca del desenvolvimiento de los derechos fundamentales cfr. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht* ("Derechos fundamentales y derecho privado"), Munich 1960, págs. 3 y sigs.

⁶⁹ Así consta ya en resolución del *Bundes-Arbeits-Gericht* (Tribunal de Trabajo Federal) 1, 191 y sigs. Con respecto a la doctrina de los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros cfr., por ejemplo, Ramm, *Die Freiheit der Willensbildung. Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung*, ("La libertad de la formación de la voluntad. Sobre la doctrina de los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros

categoricamente que los derechos fundamentales pueden también ejercer su influencia sobre el derecho civil y que todo juez que actúe en cuestiones civiles viene obligado a tenerlos debidamente en cuenta, en particular por lo que respecta a las cláusulas generales de derecho civil ⁷⁰.

Por lo demás, interesa todavía indicar que el artículo 1° de la Ley Fundamental no sólo ha sido invocado reiteradamente en concepto de norma interpretativa y evaluatoria, sino que también — especialmente en el ámbito de las posibilidades de intervención estatal — se han sacado consecuencias directas del referido artículo 1° de la Ley Fundamental ⁷¹.

Reviste asimismo una importancia primordial, comparable a la del artículo 1° de la Ley Fundamental, el artículo 2° de la misma, cuyo párrafo primero corrobora el derecho de todo individuo al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto que el individuo no vulnere los derechos de otras personas o contravenga al ordenamiento constitucional o a las buenas costumbres. Precisamente, si se la considera en conexión con la cláusula sobre la dignidad humana del artículo 1°, se percibe la importancia de una norma jurídica que garantice el libre desenvolvimiento de la personalidad. El artículo 2 es considerado como “libertad pública principal” ⁷² que aparece en el fondo de todas las demás libertades públicas que figuran en la lista de los derechos fundamentales ⁷³. En la que se ha venido en denominar “la sentencia sobre los farmacéuticos”, dictada por el Tribunal Constitucional Federal, que establece consideraciones fundamentales con respecto a las libertades públicas en el terreno de la elección o del ejercicio profesionales ⁷⁴, el Tribunal ha calificado, por ejemplo, la libre personalidad humana de valor supremo con arreglo a la interpretación de conjunto de la Ley Fundamental ⁷⁵ y ha sentado las conclusiones pertinentes en pro del derecho a la libre elección y al libre ejercicio de profesión u oficio.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha determinado finalmente que la importancia del artículo 2 quede aún

y de la estructura jurídica de la concentración”) , Stuttgart 1960; Leisner, *op. cit.*, ante todo págs. 373 y sigs. Para otras referencias, véase: Maunz-Dürig, *op. cit.*, pág. 64, nota 1.

⁷⁰ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 7, 205 y sigs. Análogamente *Ibid.* 7, 230 y sigs.; asimismo *Ibid.* 12, 113 (124); 13, 318 (325) y 18, 315 (328) para cuestiones de derecho penal y tributario.

⁷¹ Cfr. *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 1, 97 (104) y 1, 332 (343). Cfr. también *ibid.* 18, 146 y sigs.

⁷² Maunz-Dürig, *op. cit.*, art. 2, cifra marginal 6.

⁷³ Cfr. *ibid.*, *loc. cit.*, cifra marginal 6 y sigs.

⁷⁴ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 7, 377 y sigs.

⁷⁵ *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 7, 377 (405).

más realzada en virtud de la interpretación que da del mismo. Según el criterio sustentado por el Tribunal Constitucional Federal, el artículo 2 queda ya vulnerado por el mero hecho de que, por razón de su contenido o de su formación, una ley contravenga a los principios constitucionales y que, por tal motivo resulte contraria al "orden constitucional"⁷⁶. De esa forma, el artículo 2 viene a ocupar una posición envolvente que le eleva a la categoría de principio normativo del Estado de derecho, cuya importancia y cuyas consecuencias para el ordenamiento constitucional han sido reiteradamente desmenuadas por el Tribunal Constitucional Federal⁷⁷. El postulado de la justicia⁷⁸, el postulado de la seguridad jurídica⁷⁹, la garantía de un procedimiento reglado para el hallazgo del derecho⁸⁰, el requisito de claridad en la redacción de las leyes⁸¹, el axioma de la predictibilidad⁸², la necesidad de establecer normas precisas de apoderamiento para las intervenciones del poder público⁸³ son consecuencias normales del principio del Estado de derecho que, en último término sólo están destinados a promover el libre desenvolvimiento de la personalidad y a garantizar que únicamente sufra limitaciones a través del "ordenamiento constitucional", es decir, sólo en virtud de una actuación del poder público que se desenvuelve dentro del marco de la Ley Fundamental.

Por otra parte, conforme se infiere de los términos en que aparece redactado el artículo 2, el hombre y sus posibilidades de desenvolvimiento no están considerados como carentes de toda limitación, sino que también el individuo permanece vinculado a la colectividad y a la ley moral. El Tribunal Constitucional Federal se ha expresado a este respecto en los siguientes términos: "La

⁷⁶ Así por principio *ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 6, 32 y sigs. Cfr. de fechas ulteriores, p. ej. *ibid.* 7, 111 (119); 9, 3 (11); 9, 83 (88); 10, 89 (99); 10, 354 (363); 11, 105 (110); 12, 296 (303); 14, 288 (306); 15, 235 (239) y 17, 306 (313 f).

⁷⁷ Con arreglo a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal 3, 225 (237) el principio del Estado de derecho forma parte de "las resoluciones de base adoptadas en el ámbito de la Ley Fundamental". Para más detalles, véanse las notas siguientes.

⁷⁸ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 3, 225 (237).

⁷⁹ *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 2, 383 (403); 13, 261 (271); 18, 70 (81); 18, 135 (142); y 18, 224 (241).

⁸⁰ *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 2, 383 (403).

⁸¹ *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 1, 14 (45); 5, 25 (31); 9, 137 (147 y 149); 17, 67 (82) y 17, 306 (314).

⁸² *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 9, 137. En relación con ello, se deduce del principio del Estado de derecho una prohibición limitada de que las leyes surtan efecto retroactivo: *ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 11, 139 (145 y sig.); 13, 206 (212 y sigs.); 13, 261 (271); 13, 274 (278); 14, 288 (297 y sigs.); 15, 167 (207); 16, 254 (275); 18, 70 (80); 18, 135 (143 y sig.) y 18, 224 (240).

⁸³ *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 7, 282 (302).

imagen del hombre, tal como aparece reflejada en la Ley Fundamental, no es la de un individuo aislado y soberano, o mejor dicho, la Ley Fundamental ha resuelto la tensión existente entre el individuo y la colectividad en el sentido del mantenimiento de la relación de dependencia y de la vinculación de la persona con la colectividad, sin por ello afectar en lo más mínimo a su valor individual⁸⁴. De esa forma se hace también perceptible el encuadramiento del individuo dentro del ordenamiento de conjunto propio del Estado de derecho. Pero asimismo se da a conocer con toda claridad cual es la solución hallada por la Ley Fundamental con respecto a la tensión dialéctica entre la libertad del individuo y el ordenamiento estatal.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal acerca de los derechos que garantizan las libertades públicas constituye la expresión auténtica de los rasgos esenciales aludidos. La Ley Fundamental en materia de tales derechos inherentes a la libertad política comprende: el derecho a la vida y a la intangibilidad corporal (Art. 2, párrafo 2, inciso 1° de la Ley Fundamental), el derecho a la libertad de la persona – en particular la garantía contra la privación de libertad (Art. 2, párrafo 2, inciso 2°; art. 104 de la Ley Fundamental) – el derecho a la libertad de creencia, de conciencia y de confesión religiosa (Art. 4 de la Ley Fundamental), el derecho a la libre expresión de opiniones con inclusión de la libertad de prensa y de la libertad en materia de arte, ciencia, investigación y enseñanza (Art. 5 de la Ley Fundamental), el derecho a la libertad de reunión (Art. 8 de la Ley Fundamental), a la libertad de asociación (Art. 9 de la Ley Fundamental), a cambiar libremente de residencia (Art. 11 de la Ley Fundamental), a la libre elección de profesión u oficio (Art. 12 de la Ley Fundamental) y a la inviolabilidad del domicilio (Art. 13 de la Ley Fundamental) y del secreto de correspondencia y postal (Art. 10 de la Ley Fundamental). En el marco de dichas disposiciones de detalle que, conforme al criterio sustentado por el Tribunal Constitucional Federal se hallan con respecto al artículo 2 en la relación propia de la ley especial con respecto a la ley general⁸⁵, ha introducido el legislador constituyente un sistema de reservas legales escalonadas, a cuya

⁸⁴ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 4, 7 (15 y sig.).

⁸⁵ Así, por ejemplo, *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 6, 32 (37); asimismo 1, 264 (274); 4, 52 (57); 9, 63 (73); 9, 73 (77); 9, 338 (343); 10, 185 (199); 11, 234 (238); 17, 232 (251). Para otras resoluciones sobre puntos concretos, cfr. también el dictamen de la Corte Federal Administrativa de 28 de abril de 1952, DVBI (*Deutsches Verwaltungsblatt*) Boletín de la Administración Alemana 53, 472 y Corte Federal Administrativa 24, 78, como asimismo Maunz-Dürig, *op. cit.* Art. 2, cifra marginal 6 y sigs.

interpretación aclaratoria se dedica una gran parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Así, por ejemplo, la libertad de creencia queda garantizada sin ninguna reserva legal, mientras que la libertad de reunión, tratándose de reuniones al aire libre es susceptible de ser limitada en virtud de una ley (Art. 8, párrafo 2 de la Ley Fundamental).

Como particularmente instructiva con respecto al escalonamiento gradual de las reservas legales y a la cooperación del Tribunal Constitucional Federal en la fijación de las líneas divisorias merece ser citada la jurisprudencia sobre el derecho fundamental de libertad profesional. En la sentencia relativa a los farmacéuticos anteriormente aludida ha establecido consideraciones esenciales a los susodichos efectos. En particular, quedó sentado que el artículo 12 se refiere tanto a la elección como al ejercicio de profesiones u oficios, pero que la facultad reglamentaria estatal no abarca con igual intensidad ambos terrenos. Resulta más bien que la esfera de competencia estatal se hace tanto más extensa, conforme vaya preponderando el interés exclusivo por el ejercicio profesional, y se estrecha, a su vez, conforme aparezca más intensamente afectada la facultad de elegir libremente profesión u oficio. En el marco de esta teoría, llamada del escalonamiento, se establecen ulteriores diferencias. Conforme al criterio del Tribunal, la libertad de ejercer una profesión o un oficio puede ser restringida en virtud de normas implantadas en beneficio de la colectividad, en tanto que éstas sean pertinentes y aparezcan objetivamente justificadas; los requisitos subjetivos de la elección de profesión u oficio (formación previa y profesional) sólo debieran ser objeto de regulación para protección de bienes colectivos de reconocida importancia, observándose estrictamente a esos efectos el principio de la proporcionalidad, mientras que los requisitos objetivos para la admisión (examen sobre la necesidad) han de ser supeditados a su vez a la concurrencia de condiciones severamente comprobadas. Tales requisitos objetivos sólo son admisibles (a entender del Tribunal) en evitación de peligros graves para bienes colectivos de extraordinaria importancia. Además, entiendo el Tribunal que la reglamentación en cada uno de los peldaños sólo será admisible cuando una regulación efectuada en el anterior peldaño de la escala no hubiera alcanzado el éxito apetecido⁸⁶. Estos principios han sido desenvueltos y perfeccionados ulteriormente en diversas resoluciones que datan de fechas más recientes⁸⁷.

⁸⁶ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 7, 377 y sigs.

⁸⁷ Cfr., por ejemplo, *ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 11, 30 y sigs. y 168 y sigs.; 13, 97 y sigs. y 181 y sigs.; 16, 147 y sigs.; 17, 232 y sigs.

Una tendencia análoga a matizar las soluciones se observa igualmente en la jurisprudencia concerniente a las demás libertades públicas, en el fondo de la cual se manifiesta persistentemente la aspiración a resolver las posibles contradicciones entre la esfera individual y la esfera estatal en un espíritu que deje un ámbito lo más amplio posible para el goce de las libertades personales, sin por ello menoscabar en lo más mínimo intereses importantes de la colectividad. Con arreglo al número de recursos de inconstitucionalidad ingresados, figura en primer término, junto al derecho fundamental de libertad profesional, el derecho a la libre expresión de opiniones con inclusión de la libertad de prensa y de la libertad en materia de arte, ciencia, investigación y enseñanza. El Tribunal Constitucional Federal ha subrayado precisamente en diversas resoluciones la importancia que reviste el aludido "derecho fundamental a la libertad espiritual"⁸⁸, que califica como el más noble de todos derechos humanos" como "la base de toda libertad"⁸⁹. El derecho a la libre emisión de opiniones políticas se presenta reiteradamente como elemento constituyente del Estado democrático liberal⁹⁰. Este es el marco dentro del cual el Tribunal Constitucional Federal ha tenido asimismo ocasión de ocuparse con alguna frecuencia de la libertad de prensa y ha subrayado la importancia decisiva de esta última para la formación política de la opinión pública⁹¹. Por otra parte, el Tribunal se veía obligado a ocuparse también reiteradamente de las limitaciones a que está sujeto este derecho y a demarcar, por una parte, el alcance preciso de la libertad de prensa y, por otra, señalar el ámbito dentro del cual han de ser amparadas por las leyes penales las personas afectadas en su honor por cualesquiera menciones o referencias aparecidas en la prensa. El Tribunal Constitucional Federal ha subrayado a este respecto la estricta obligación por parte de la prensa de respetar a su vez la esfera de libertad de toda persona mediante una información en todo conforme a la verdad⁹².

Al lado de esos derechos garantes de las libertades públicas, cuyo trato por parte del Tribunal Constitucional Federal sólo ha podido ser expuesto sucintamente, figuran en la Ley Fundamental otros varios preceptos destinados a garantizar instituciones de la vida privada o pública. Tal es el caso del artículo 6 de la Ley Fun-

⁸⁸ *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 5, 85 (205).

⁸⁹ *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 7, 198 (208).

⁹⁰ *Bundes-Verfassungs-Gesetz-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 5, 85; 7, 148 (208); 10, 118 (121); 12, 113 (125).

⁹¹ Por ejemplo: *ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 8, 104 (112); 10, 118 (121); 12, 205 (260). Como resolución fundamental en materia de radiodifusión, véase *ibid.* 12, 207 y sigs.

⁹² Cfr. a este respecto *ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 7, 198 (208 y sig.); 12, 113 (124 y sigs.); 15, 77 (78).

damental que ampara el matrimonio y la familia, como a su vez, el del artículo 14, que confiere igual protección en materia de propiedad y de derecho sucesorio⁹³. Estos dos preceptos han dado lugar a una jurisprudencia sumamente extensa. Por lo que respecta al artículo 6, ha sentado el Tribunal Constitucional Federal el criterio, conforme al cual el contenido de este precepto supera notoriamente el de un derecho fundamental de tipo clásico establecido para la protección de una esfera determinada de la vida privada y asimismo implica mucho más que una mera garantía para la institución familiar, debiendo entenderse que se trata, más bien, de una norma axiomática, es decir, de una disposición evaluatoria de obligada observancia en todo el ámbito del derecho privado y del derecho público⁹⁴. Análogamente ha calificado el Tribunal Constitucional Federal la propiedad como derecho básico esencial y el reconocimiento de la propiedad como una disposición evaluatoria de particular importancia para el Estado de derecho social⁹⁵. En toda una serie de resoluciones ha señalado el Tribunal Constitucional Federal en qué forma trascienden a la práctica en cada caso dichas garantías fundamentales.

En el ámbito de la vida pública ampara y garantiza la Ley Fundamental el ordenamiento y la consistencia de la organización escolar (Art. 7 de la Ley Fundamental), el ordenamiento y la consistencia del derecho que rige en materia de cargos y servicios públicos (Art. 33 de la Ley Fundamental) y los rasgos esenciales de unos procedimientos judiciales propios de un Estado de derecho (Arts. 101 y 103 de la Ley Fundamental). Yendo más lejos, se garantiza la consistencia en lo más esencial de los derechos ciudadanos, entre los que cabe incluir el derecho de sufragio activo y pasivo (Art. 38, párrafo 2 de la Ley Fundamental), el derecho de petición (Art. 17 de la Ley Fundamental) y en un sentido más amplio también el amparo contra pérdida de la nacionalidad y la extradición de ciudadanos alemanes (Artículo 16, párrafo 1 y párrafo 2, inciso 1º, de la Ley Fundamental). En último término cabría citar el derecho de asilo, que a su vez se halla en conexión con el amparo contra la pérdida de la nacionalidad y la extradición (Art. 16, párrafo 2, inciso 2º de la Ley Fundamental). De todo

⁹³ Para la eventualidad de la socialización de bienes raíces, riquezas naturales y medios de producción figura en el artículo 15 de la Ley Fundamental una reglamentación especial que prevé la concesión de indemnizaciones a los afectados por tales medidas. Empero, bajo el régimen social y económico actual es evidente que tales preceptos carecen de toda significación de orden práctico.

⁹⁴ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 6, 55 (72). Análogamente *ibid.* 9, 231 (242).

⁹⁵ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 14, 263 (277).

este sector marcadamente multiforme, ha resultado ser significativamente importante el precepto del artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental. La violación del derecho a ser oído en justicia ante tribunal competente aparece denunciada en un número considerable de recursos de inconstitucionalidad; el Tribunal se ha visto ya obligado, en efecto, a revocar resoluciones de otros tribunales por infracción contra el referido precepto axiomático.

Finalmente, presenta asimismo especial importancia el artículo 3 de la Ley Fundamental que garantiza el principio axiomático de la igualdad y sus diversas manifestaciones – igualdad de derechos entre ambos sexos y prohibición de toda discriminación por causa de ascendencia, raza, lengua, país natal y extracción, credo y opiniones religiosas o políticas. Precisamente en virtud del principio axiomático general de la igualdad, que implica una prohibición de toda arbitrariedad y que se halla en íntima conexión con el principio axiomático de la justicia, es como queda efectivamente redondeado el conjunto sistemático de los derechos fundamentales. El artículo 3 adquiere de esa forma una importancia que le sitúa en una posición casi tan esencial como la de los artículos 1 y 2. El Tribunal Constitucional Federal ha confirmado expresamente que el axioma de la igualdad cuenta entre los principios axiomáticos más esenciales de la Constitución⁹⁶. Yendo aún más lejos, entiende el Tribunal que la igualdad ante la Ley constituye a tal extremo una de las piezas esenciales de todo orden constitucional que, si el principio de la igualdad no hubiera sido integrado en el derecho constitucional escrito en virtud del artículo 3, sería necesario considerarlo en todo caso como precepto jurídico superpositivo⁹⁷. El axioma de la igualdad implica una sujeción para los tres poderes. Es de particular trascendencia la sujeción que representa para el legislador. Aquí se pone manifiestamente en evidencia la estrecha ligazón del axioma de la igualdad con el postulado general de la justicia. Una ley sólo puede calificarse en este sentido de constitucional, si las diferenciaciones que efectúa son objetivamente justas⁹⁸. Esto implica la prohibición de cualesquiera reglamentaciones manifiestamente inadecuadas, sobre todo las de índole arbitraria. Como es natural, esta jurisprudencia confiere un alcance extraordinario al control jurídico en el ámbito del establecimiento de normas. El arbitrio del legislador queda sometido a las limitaciones que dimanen del precepto imperativo de la justicia.

⁹⁶ Cfr. Engler en *Das Bundesverfassungsrecht* ("El derecho constitucional federal"), *op. cit.*, pág. 104.

⁹⁷ *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 1, 208 (233).

⁹⁸ *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 1, 14 (52); 1, 208 (247); 4, 144 (155); 11, 245 (253); 14, 142 (150) y 221 (238); 17, 122 (130) y 199 (203).

Precisamente en este terreno es donde, por otra parte, se ha vuelto a manifestar el criterio de autolimitación prudente y recatada del Tribunal Constitucional Federal ante resoluciones que abordaban cuestiones de oportunidad y requerían reflexión sobre la trascendencia del arbitrio judicial en el ámbito de la política. En numerosas resoluciones ha hecho resaltar el Tribunal Constitucional Federal que el criterio de libre apreciación en materia legislativa únicamente vulnera principios jurídicos fundamentales cuando traspasa los límites impuestos por los mismos con abuso de su parte y que la aplicación que hace de sus facultades contraría el sentimiento general de la justicia⁹⁹. En otras resoluciones se dice que sólo procede desechar una reglamentación legal, cuando sea evidente su falta de objetividad¹⁰⁰. El Tribunal Constitucional Federal ha aplicado precisamente con reiteración en este terreno el principio llamado de interpretación conforme a la Constitución, es decir que se ha abstenido de declarar inconstitucional una ley, mientras el texto de la misma era todavía susceptible de ser interpretado en cualquier forma de conformidad con la Constitución. También de este modo ha contribuido el Tribunal Constitucional Federal al mantenimiento del libre juego entre las distintas fuerzas dentro del ordenamiento estatal democrático y, con todo eso, ha mostrado al propio tiempo el marco en el cual los principios fundamentales del derecho, en particular el axioma de la justicia con todas sus implicaciones, demarcan la esfera correspondiente a las actividades individuales.

Por lo que respecta al recurso de inconstitucionalidad, interesa recordar en último término que éste no puede fundarse en ningún caso en una infracción del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950¹⁰¹. Dicho convenio se considera vigente, desde luego, en calidad de simple derecho federal¹⁰² que además goza de una protección especial que le confiere el derecho internacional contra eventuales modificaciones, pero no se trata de normas constitucionales, cuya contravención

⁹⁹ Cfr. a este respecto: *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 1, 14 (52); 3, 58 (135 y sigs.); 3, 288 (337); 4, 7 (18); 4, 219 (244); 4, 352 (356); 12, 326 (337 y sigs.) y 341 (348); 13, 181 y sigs.; 14, 13 (17)); 15, 167 (201); 17, 210 (216 y 222); 17, 319 (330) y 18, 315 (325).

¹⁰⁰ *Ibid.* (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 12, 326 (333); 18, 121 (124).

¹⁰¹ Cfr. *Bundes-Verfassungs-Gerichts-Entscheidungen* (resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 10, 271 (274); como asimismo Friesenhahn, *op. cit.*, pág. 78 y sigs.; Federer, *op. cit.*, pág. 48; Maunz-Dürig, *op. cit.*, Art. 1, cifra marginal 59; Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, *op. cit.*, párrafo 90, cifra marginal 51.

¹⁰² Cfr. Tribunal Administrativo Superior de Münster, sentencia de 25 de noviembre de 1955, DOEV 1956, 438.

puede hacerse valer ante el Tribunal Constitucional Federal. Las amplísimas garantías conferidas por la Ley Fundamental “implican no obstante” – según el Sr. Dürig – “una protección de un valor materialmente más efectivo”¹⁰³ que los preceptos contenidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. La gran importancia mercedamente adquirida por los derechos fundamentales y que, no en último término, debe atribuirse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, viene a confirmar cumplidamente la exactitud de este aserto¹⁰⁴.

V. Epílogo

La jurisdicción constitucional en Alemania constituye un experimento. La experiencia adquirida en el curso de los últimos años ha confirmado con creces el éxito de dicho experimento. El Tribunal Constitucional Federal se ha convertido en un factor de integración y, merced a la autoridad y a la índole substancialmente objetiva de sus resoluciones, ha contribuido considerablemente a la reconstrucción de la armadura estatal que había quedado virtualmente asolada al término de la segunda guerra mundial. El Tribunal Constitucional Federal se encuentra con harta frecuencia en el centro de fuertes tensiones entre el derecho escrito y el derecho vivido, entre la libertad inherente a la personalidad del individuo y el ordenamiento de la colectividad, entre fuerzas políticas y resoluciones jurídicas fundamentales. En el curso de todos los años que lleva de existencia, el Tribunal Constitucional Federal se ha esforzado por resolver esas tensiones en un espíritu de justicia y de acatamiento a los derechos humanos y a los principios fundamentales del Estado de Derecho.

¹⁰³ Maunz-Dürig, *op. cit.*, cifra marginal 60.

¹⁰⁴ Para más detalles, véase Maunz-Dürig, *op. cit. loc. cit.* cifra marginal 61 y sigs.

RODESIA DEL SUR Y EL IMPERIO DEL DERECHO

por
LEO S. BARON *

“Nuestros enemigos explotan hasta el máximo el hecho de que el Gobierno obre en armonía con la Constitución y con el imperio de la ley.”

De una declaración del ministro de Orden Público en el Parlamento de Rodesia del Sur, el 10 de junio de 1965.

Es un tópico señalar que ninguna sociedad puede pretender que su vida está en armonía con el imperio del derecho simplemente porque el poder ejecutivo actúa de conformidad estricta con la ley; el fin del derecho es “proteger al individuo frente a las arbitrariedades del poder y permitirle gozar de la dignidad de ser humano”. Con todo, muchos son los que profesan la creencia, que no está circunscrita en absoluto a los profanos en materia jurídica, de que el imperio del derecho sólo prescribe el cumplimiento de la legalidad estricta. Por eso, la finalidad primordial del presente artículo es examinar el contenido sustantivo del derecho de Rodesia del Sur y la medida en que, por omisión o por autorización expresa, no cumple con los requisitos del imperio de la ley.

Por supuesto, es posible que, con su actuación, las autoridades ejecutivas se aprovechen de las deficiencias de la ley; por este motivo, me propongo examinar también la medida en que el poder ejecutivo se aproveche de las deficiencias de la ley, por este momento en que lo ha hecho.

A. EL CONTENIDO SUSTANTIVO DEL DERECHO

Por lo común, para comparar el contenido del derecho escrito de un país con los requisitos del imperio de la ley, basta examinar la Constitución. Pero en el caso de Rodesia el análisis ha de ir más allá a causa de lo dispuesto en el Artículo 70, en virtud del cual se mantiene en vigor la legislación preexistente, incompatible con la Declaración de Derechos.

* Bachiller en Leyes (Londres); abogado, Bulawayo, Rodesia del Sur. Una de las primeras medidas del gobierno de Rodesia, posterior a su declaración unilateral de independencia el 11 de noviembre de 1965, fue arrestar al Sr. Baron en virtud de los poderes asumidos por las autoridades al decretar el estado de emergencia el 5 de noviembre de 1965. El Sr. Baron había estado ya confinado en la zona de Bulawayo durante varios meses en 1965 en virtud de la Ley de orden público.

1. La Constitución de 1961¹

Rodesia del Sur ha gozado de autonomía interna desde 1923. Después de una conferencia que terminó a principios de 1961, se otorgó al país una nueva constitución en virtud de la cual Gran Bretaña renunciaba a virtualmente todas las atribuciones de reserva a cambio de la promesa, contraída por Rodesia, de iniciar una nueva fase de desarrollo político y social; la Constitución iba a ser el primer paso hacia la instauración definitiva del gobierno por la mayoría y, simultáneamente, la Declaración constitucional de Derechos iba a garantizar la eliminación de las discriminaciones, la igualdad ante la ley y la protección de los derechos y libertades individuales.

Lo cierto es que no se ha iniciado ninguna fase de desarrollo en el sentido previsto; al contrario, el país ha evolucionado con rapidez hacia la meta contraria. Inmediatamente después de la Conferencia, el primer ministro, sir Edgar Whitehead, describió la Constitución como la carta garantizadora de que el poder seguiría en manos de los blancos durante el futuro previsible. Este viraje, considerado como una traición por los africanos, fue el principal motivo de que éstos rechazasen la Constitución y se negasen a participar en las elecciones celebradas de conformidad con ella. Sin embargo, el motivo para ellos decisivo fue la negativa a ampliar el censo electoral; se daba a los africanos quince de los puestos de diputado cubiertos por los electores de la lista B, pero las condiciones impuestas para la inscripción en la lista A, formada por los electores de cincuenta diputados, seguían siendo tan rigurosas como hasta entonces y no permitían confiar en la institución del gobierno por la mayoría durante varias generaciones. A pesar de ello, el Frente Rodesiano de extrema derecha pudo explotar el infundio del gobierno por la mayoría y consiguió el poder con la obtención de una mayoría global, en las elecciones de 1962 basada exclusivamente en los electores de la lista A y en los sufragios emitidos por los blancos.

Se ha pretendido que, si la actitud de los nacionalistas africanos hubiese sido distinta, la actitud del gobierno respecto de la Constitución y la gestión política conforme a sus preceptos habrían sido distintas también. Pero esta posibilidad, aunque se hubiese traducido en hechos, no es lo que se discute. Carece de interés examinar las ventajas o los inconvenientes de una constitución teniendo en cuenta la gestión de una administración benevolente; si la constitución y, en particular, la declaración de derechos son ineficaces al ser aplicadas por una administración totalitaria u hostil

¹ La fecha de entrada en vigor, a partir de la cual empezó a regir la mayoría de las disposiciones, fue el 1° de noviembre de 1962.

por otros motivos, la ley fundamental no sirve para el logro de sus fines. Esto sentado, el fracaso de la Constitución de 1961 no se debe enteramente a sus defectos intrínsecos; ningún documento jurídico, ni siquiera el mejor redactado, puede resistir a la violación de sus cláusulas. Por lo tanto, en la medida en que el fracaso se deba a la adopción de medidas ilegales por la administración, no se puede atribuir responsabilidad a los políticos o a los redactores; en cambio, en la medida en que el fracaso se deba a la pericia de la administración para eludir el cumplimiento de los preceptos constitucionales o para obrar de modo incompatible con su espíritu sin violar sus disposiciones o las de cualquier otra ley, la Constitución es un verdadero fracaso.

La Constitución comprende una Declaración de Derechos, en virtud de la cual se protegen manifiestamente la mayoría, pero no la totalidad, de los derechos humanos tradicionalmente reconocidos; son omisiones notables la libertad de circulación y el derecho al trabajo y a la libre elección del trabajo. Ahora bien, las protecciones establecidas son en gran medida ilusorias por obra de cierto número de minuciosas y amplias excepciones y precisiones. No tengo el propósito de analizar la Declaración a fondo, pero merece la pena dedicar cierta atención a algunos artículos.

1) *Mantenimiento de la legislación preexistente: Artículo 70*

Las disposiciones de este Artículo aplicables a las cuestiones que nos ocupan son las siguientes:

Ninguna disposición legislativa o acto realizado en virtud de una ley será considerado como norma incompatible o como transgresión de cualquiera de las disposiciones enunciadas en los Artículos 57 a 68.²

.....

.....

- b) si la ley de que se trate estuviera en vigor inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor de la Constitución y hubiera seguido estando continuamente en vigor desde dicha fecha; o bien
- c) en el caso de una disposición escrita, en la medida en que derogue y ponga nuevamente en vigor cualquier disposición que haya figurado continuamente en una disposición escrita desde la fecha inmediatamente anterior a la antes citada.

Se entiende que el término "ley" comprende "cualquier disposición de cualquier instrumento que tenga fuerza de ley, dictada en ejercicio de una atribución conferida por el poder legislativo" y "cualquier disposición no escrita . . ., salvo las de derecho consuetudinario africano".

² Son los artículos donde se enuncian los diversos derechos y libertades.

No hay duda de que el Artículo 70 es, considerado aisladamente, el motivo que más ha contribuido a que la Declaración de Derechos no sirviera para obtener, aparentemente, el objetivo previsto y a este respecto los políticos británicos deben aceptar su plena responsabilidad. Cabe sólo imaginar qué seguridades se dieron a Gran Bretaña para persuadirla de la necesidad de mantener en vigor la legislación preexistente, pero es evidente que dio por sentado que, bajo la dirección del Consejo Constitucional, se pasaría revista a toda la legislación y se derogarían todas las normas que estuviesen en pugna con la nueva Constitución (en uno de los primeros proyectos presentados a la Conferencia se indicaba que esta operación quedaría terminada al cabo de cinco años). Las rigurosas medidas de seguridad, extremadamente incompatibles con la nueva Constitución, formaban ya parte integrante de la Constitución y es inconcebible que Gran Bretaña haya previsto la posibilidad de mantener estas disposiciones con el carácter de normas legales permanentes; no es lógico elaborar una minuciosa y detallada carta de derechos humanos para destruirla un instante después, y esto es, en gran medida, lo que hace el Artículo 70.

Confirma esta opinión el Artículo 87, según el cual el Consejo Constitucional tiene autoridad para examinar cualquier ley o cualquier instrumento legislativo que esté en vigor en la fecha de entrada en vigor de la Constitución y para "presentar un informe sobre cualquier ley o instrumento que, a juicio del Consejo, sea incompatible con la Declaración de Derechos si ésta se aplicase a su respecto". El Consejo ha de transmitir su informe al gobernador del país y al presidente de la Asamblea, y éste, a su vez, ha de someterlo a la Asamblea Legislativa. El Consejo Constitucional sólo tiene atribuidas algunas funciones limitadas de dilación con respecto a los proyectos de ley y no ejerce ninguna función con respecto a la legislación preexistente,³ pero — a nuestro modo de ver — la mera existencia del Artículo 87 y los términos en que está concebido revelan el claro propósito y decisión de que el poder legislativo ponga las leyes en armonía con la Declaración de Derechos.

Como veremos más adelante, la posibilidad legal de disolver los partidos políticos y otras organizaciones, de intervenir las reuniones, de prohibir a ciertas personas la asistencia a reuniones o hablar en público y de prohibir publicaciones existía antes de la fecha de entrada en vigor de la Constitución; se debe en gran medida al ejercicio de estas atribuciones el éxito de la supresión gradual de casi todos los derechos y libertades más importantes enunciados y garantizados por la Constitución: el derecho a la libertad personal, el derecho a no ser privado de los bienes, la libertad de expresión y la libertad de asamblea y de asociación.

³ Véase la sección A. 1. b).

2) *El derecho a la libertad personal: Artículo 58*

- 58 1) Nadie será privado de la libertad personal, salvo en los casos permitidos por la ley.
- 2) Ninguna ley permitirá que se prive a una persona de su libertad, salvo en los casos siguientes:
(Se establece a continuación una serie de excepciones corrientes hasta que se llega al apartado k):
- k) en la medida necesaria para la ejecución de una orden legítima en virtud de la cual el interesado deba permanecer en un sector determinado de Rodesia del Sur o se le prohíba la permanencia en un sector, o bien en la medida que se pueda justificar razonablemente:
 - i) para la formación de una causa contra dicha persona en relación con la expedición de la orden; J
 - ii) para limitar la libertad de dicha persona durante los viajes que sea autorizada a efectuar a cualquier parte de Rodesia del Sur, en la cual su presencia sería ilegal en otro caso como consecuencia de la orden dictada a su respecto.

Tal vez corresponda al Consejo Privado, al fallar un recurso actualmente pendiente, definir el significado exacto del Artículo 58, párrafo 2), apartado k), y no me propongo comentarlo. Parece evidente, no obstante, que el apartado k) del párrafo 2) reconoce al poder legislativo la posibilidad de limitar la libertad de circulación en época normal.⁴ Confirma esta opinión el hecho de que la Declaración de Derechos carezca de un artículo que se refiera expresamente a la libertad de circulación.

3) *El derecho a no ser privado de los bienes: Artículo 61*

La protección de la vida privada y de los bienes privados: Artículo 62

La libertad de conciencia: Artículo 64

La libertad de expresión: Artículo 65

La libertad de asamblea y de asociación: Artículo 66

Estos artículos están concebidos, por lo general, en los términos usuales, salvo en un punto. Cada artículo comprende apartados en los que se reconoce al poder legislativo la posibilidad de suspender en época normal para determinados fines los derechos y las libertades mencionados (por ejemplo, el ejercicio de las "atribuciones de policía") y se confiere luego a los tribunales la facultad de revisión con respecto a la ley que sea objeto de impugnación. Por ejemplo, se dispone en el párrafo 3 del Artículo 66:

Si en una actuación judicial ... se presenta al tribunal un certificado escrito suscrito por un ministro ... según el cual, a juicio del ministro, la ley impugnada es necesaria por los motivos expuestos ... especificados en el certificado ..., esta ley ... se considerará necesaria, a menos

⁴ En la sección B. 1. 1) se describe cómo se ha utilizado esta facultad.

que el tribunal decida, como resultado de la argumentación del demandante, que en una sociedad donde reina el respeto debido por los derechos y libertades individuales, la necesidad de dicha ley por los motivos expuestos en el certificado . . . no puede ser aceptada razonablemente sin prueba que satisfaga al tribunal.

La protección deparada por esta facultad de revisión es de utilidad discutible. Inevitablemente, el procedimiento dura mucho tiempo y es caro a causa de las dos fases previstas; en la primera el tribunal debe decidir si se ha entorpecido el disfrute de los derechos del demandante y, en caso afirmativo (recuérdese que el ministro habrá presentado un certificado) si conviene o no exigir prueba satisfactoria de que la ley es necesaria. Si el tribunal se pronuncia en favor del demandante en ambas cuestiones, el tribunal expide una orden condicional para requerir al ministro que pruebe la necesidad de no declarar la ley inválida, y la cuestión decisiva (es decir, si las pruebas aducidas por el ministro bastan o no para satisfacer al tribunal) es resuelta en la segunda fase.⁵

Aparte las demoras y los gastos, estas disposiciones son discutibles a la luz de los principios del régimen de derecho porque, si bien en teoría el tribunal está facultado para ejercer sus facultades discrecionales en sustitución de las del ministro, en la práctica sigue siendo probable que el particular se encuentre maniatado y sin recursos frente al privilegio ministerial. Al aducir sus pruebas para demostrar que la ley es necesaria, el ministro expondrá evidentemente su opinión sobre las circunstancias sociales y políticas que sirven de antecedentes, y si esta opinión es tal que cause sorpresa al ciudadano bien informado corriente, el ministro, a fin de satisfacer al tribunal, tendrá que exponer detalladamente las informaciones en que se basa su opinión, o bien manifestar que su creencia es de buena fe y se basa en informaciones cuya naturaleza y origen no puede divulgar por razones de seguridad.

Por la misma naturaleza de las cosas y teniendo particularmente en cuenta que no es probable que se llegue a la segunda fase de la encuesta a menos que las circunstancias referidas *no* sean conocidas por el ciudadano bien informado corriente, lo natural será que el ministro siga la segunda de las posibilidades descritas. En general, frente a una declaración de dicha índole, es virtualmente imposible impugnar el ejercicio de facultades discrecionales; ¿da el Artículo, tal como está redactado, atribuciones mucho más amplias al tribunal?

⁵ *Maluleke v. Minister of Law and Order* (1963 (4)), S.A.L.R. 206 y 209.

Cabe formular otra objeción basada en las derivaciones extensísimas de la disposición; entiendo que el procedimiento plantea problemas muy delicados y sobremanera inconvenientes. No puede haber duda de que el poder judicial está en mejores condiciones que el legislativo para apreciar el carácter de una sociedad "donde reina el respeto debido por los derechos y libertades individuales", pero a fin de hacer plenamente efectiva su facultad de revisión el poder judicial ha de ejercer sus facultades discrecionales en vez del poder legislativo en relación con cuestiones políticas. Toda decisión será inevitablemente malquista por un sector de la colectividad y la creencia por dicho sector, por injustificada que esté, de que la decisión obedece a consideraciones políticas redundará casi siempre en detrimento de la idea de imparcialidad judicial.

4) *Protección del particular contra la discriminación: Artículo 67*

El párrafo 4 del Artículo 67 limita esta protección de tal modo que la hace totalmente inoperante. No sólo se mantiene en vigor la legislación discriminatoria preexistente en virtud del Artículo 70, sino que además, en virtud de la nueva disposición, se autoriza la promulgación de nuevas leyes, siempre que no sean más discriminatorias que las existentes; teniendo en cuenta el carácter de la legislación vigente en la fecha de entrada en vigor de la Constitución, esta limitación difícilmente habrá causado preocupación a los círculos más extremistas.

5) *Atribuciones reservadas para los periodos de urgencia pública: Artículo 69*

Durante los periodos de urgencia pública hay que aceptar como un mal necesario la severa limitación de las libertades individuales.⁶ Ahora bien, según los dictados del régimen de derecho, ha de existir verdaderamente un estado de urgencia; no puede ser una añagaza de un poder ejecutivo, incapaz en época normal, para vulnerar los derechos y libertades constitucionales del individuo. Si una constitución confiere al poder ejecutivo plena facultad discrecional para determinar qué circunstancias crean el estado de urgencia,⁷ habrá siempre el peligro de que se anulen los derechos individuales. En relación sobre todo, con atribuciones de esta especie, conviene exa-

⁶ No se alcanza a ver por qué se consideró necesario suspender, durante el estado de urgencia, la libertad de conciencia y de religión (artículo 64).

⁷ Según la definición de "periodo de urgencia pública" enunciada en el artículo 72, párrafo 2), sólo se requiere presentar un informe a la Asamblea Legislativa con respecto al periodo inicial (que no puede exceder de tres meses); las prórrogas sólo se pueden decretar por la Asamblea previa resolución al efecto.

minar con rigor la eficacia de esta disposición, en la hipótesis de que la administración es hostil. En el curso de la exégesis de los requisitos inherentes al imperio de la ley, se ha subrayado la necesidad de fijar límites (preferentemente de carácter universal) a estas atribuciones mediante la definición, entre otros factores, de las condiciones en que se puede declarar el estado de urgencia.

En las circunstancias propias de Rodesia es innecesario examinar minuciosamente los problemas que plantea una definición universal.⁸ Cualquiera que sea la definición, las atribuciones discrecionales conferidas al poder legislativo por la Constitución no satisfacen lo exigido por el imperio de la ley, y esto es particularmente cierto teniendo en cuenta los aspectos generales de una estructura económica y de unas leyes electorales que en realidad hacen de las funciones legislativas el monopolio de una minoría racial; en estas circunstancias requerir la presentación de un informe a la Asamblea Legislativa (así como de una resolución para las prórrogas) carece de sentido.⁹

Nos referiremos seguidamente a tres aspectos del ejercicio de las amplias atribuciones conferidas por el Artículo 69. La Ley sobre las atribuciones de urgencia, citada en otro lugar,¹⁰ autoriza la declaración del estado de urgencia por motivo de una actividad "que amenace de modo inmediato", autoriza la declaración del estado de urgencia en sectores determinados y autoriza la detención sin proceso. Lo cierto es que se ha declarado el estado de urgencia en zonas remotas y poco pobladas en circunstancias de relativa tranquilidad; el ministro de Orden Público había manifestado¹¹ que "el número de los actos de violencia y de intimidación que se cometen en la actualidad es insignificante, y he mencionado que hay pruebas evidentes de que los cabecillas objeto de órdenes de confinamiento planean multiplicarlos; en realidad, el peligro y la amenaza se deben a lo proyectado por el reducido número de dirigentes situados en las zonas de confinamiento".

Después de la declaración del estado de urgencia, se han practicado varias detenciones.¹² Es esclarecedor a este respecto otro pasaje del discurso del ministro:¹³ "Ahora bien, los que tienen por

⁸ Se ha de reconocer, por ejemplo, que una oposición violenta interna a la autoridad constituida puede adquirir tales proporciones que justifiquen la adopción de medidas especiales; ¿en qué momento, de haberlo, constituye esa insurrección una amenaza para la vida de la nación? O bien ¿procede situarla dentro de la definición de "urgencia" menor?

⁹ Sobre la incapacidad de la oposición para impedir la reforma de la Ley sobre la detención preventiva, véanse las secciones A. 2. 3) y B. 1. 2).

¹⁰ Véase la sección A. 2. 3).

¹¹ *Hansard*, 10 de junio, col. 26.

¹² Véase la sección B. 3. 1).

¹³ *Hansard*, 10 de junio, col. 25.

misión mantener la ley y el orden no pueden pasar por alto un aspecto importantísimo del estado de urgencia, esto es, las atribuciones que lleva aparejadas para detener a cualquier persona cuya detención o prisión sea conveniente, a juicio del ministro, en el interés público”.

Quizá no esté fuera de lugar proponer una limitación de las atribuciones legislativas y ejecutivas basada en la distinción entre una amenaza a la nación en su conjunto y los desórdenes causados por las rivalidades internas. Una definición de esta índole requeriría la formulación de los grados de “urgencia”, relacionados a su vez con los grados permisibles de ingerencia en los derechos humanos. Tendría mucha utilidad para garantizar que las atribuciones extremas sólo se ejercerán en circunstancias extremas si la derogación total de los derechos constitucionales (particularmente la libertad personal) sólo fuera posible en circunstancias de verdadera urgencia nacional, distinta de la insurrección local.

6) *Funciones y atribuciones del Consejo Constitucional:*
Artículos 83 a 87

Es creencia generalizada que el Consejo Constitucional, organismo plurirracial de vigilancia, es un instrumento razonablemente eficaz para limitar el poder legislativo. Se ve, sin embargo, en un examen más detenido que, también en este caso, la protección es totalmente ilusoria.

Inmediatamente después de su aprobación en última lectura, los proyectos de ley se remiten al Consejo Constitucional que tiene la obligación de emitir dictamen dentro del plazo de treinta días y declarar si cualquiera de las disposiciones del proyecto es o no incompatible con la Declaración de Derechos; si la disposición está en pugna con la Declaración, pero está sujeta a lo dispuesto en el Artículo 70, el dictamen así lo expresa; sin embargo, el dictamen es una opinión no adversa a los efectos del párrafo 6 del Artículo 71 (relativo a la financiación de los asuntos planteados a título de experimento). Una disposición objeto de un dictamen adverso del Consejo puede ser aprobada inmediatamente por la Asamblea por mayoría de dos tercios, y solamente si no se ha reunido una mayoría de este orden no se puede presentar el proyecto durante un periodo de seis meses.¹⁴

¹⁴ El Consejo Constitucional dictaminó adversamente sobre la reforma de la Ley sobre la detención preventiva (disposiciones transitorias) en un momento en que el gobierno no disponía de una mayoría de dos tercios en la Cámara. La oposición no votó en contra y se obtuvo sin dificultad la mayoría necesaria. Véase también la sección B. 1. 2).

Por lo demás, el primer ministro, independientemente de los objetivos de su mayoría, puede hacer caso omiso de estas limitadísimas atribuciones. En el párrafo 1 del Artículo 85 se dispone lo siguiente:

En el caso de que, después de la aprobación de un proyecto de ley, en última lectura, por la Asamblea Legislativa y antes de su presentación al Consejo Constitucional, ... entendiere el primer ministro ... que el proyecto es tan urgente que, en interés público, no conviene demorar su promulgación ..., el gobernador de Rodesia podrá legalmente sancionar de inmediato el proyecto de ley.

La única atribución efectiva asignada al Consejo Constitucional es costear los gastos de litigio en cualquier asunto que, a su juicio, "constituya un asunto apropiado y adecuado para determinar, a título de experimento, la validez" de la ley o de la disposición controvertida.¹⁵ El certificado requerido sólo especificará si el Consejo ha emitido un dictamen adverso a las medidas.

* * *

Es evidente que la Declaración de Derechos, para quien evalúe objetivamente su eficacia como valladar de las atribuciones al alcance del poder legislativo a fin de restringir arbitrariamente los derechos y las libertades individuales, no se ajusta, por un amplio margen, a los requisitos del régimen de derecho. Ahora bien, no es posible apreciar, en todo su alcance, las deficiencias sin hacer un examen de la legislación preexistente, mantenida en vigor por el Artículo 70.

2. Otras leyes

En general el poder legislativo no ha considerado necesario poner en vigor nuevas leyes; salvo la introducción de algunas enmiendas en las leyes vigentes, que han intensificado el carácter draconiano de las atribuciones, las tres leyes examinadas seguidamente formaban parte de la legislación en la fecha de entrada en vigor de la Constitución. Limitaremos el examen a la legislación de orden público,¹⁶ hemos omitido la legislación discriminatoria en aras de la brevedad.

¹⁵ Artículo 71, párrafo 6).

¹⁶ Sería aleccionador, pero rebasaría un tanto los límites del presente estudio, describir la historia de las leyes de seguridad en Rodesia del Sur y observar cómo, poco a poco, se han ido acrecentando las violaciones de las libertades individuales a lo largo de los últimos años. Y es extremadamente entristecedor leer algunos de los discursos parlamentarios en contra de los anteriores proyectos de ley y compararlos con la presente actitud de los miembros (que refleja ciertamente la actitud de los electores que les designaron).

1) *Ley de asociaciones ilícitas (15 de mayo de 1959)*

En el artículo 3 se confiere al gobernador de Rodesia¹⁷ la atribución de declarar ilícita a cualquier asociación si dicha autoridad entiende:

- a) que las actividades de la asociación o las de cualquiera de los miembros de la asociación:
 - i) pueden poner en peligro la seguridad pública, perturbar o subvertir el orden público o quebrantar la tranquilidad o la seguridad de Rodesia del Sur; o bien
 - ii) son peligrosas o perjudiciales para la paz, el buen orden o el régimen constitucional; o bien
 - iii) pueden provocar descontento entre los habitantes de Rodesia del Sur o suscitar sentimientos de animadversión u hostilidad entre o en las distintas razas de la población de Rodesia del Sur; o bien
- b) que la asociación, por razón de su dirección, afiliación o colaboración en actividades, o bien a causa de los objetivos propuestos u opiniones preconizadas, depende de una de las asociaciones radicadas fuera de Rodesia del Sur que se mencionan o describen específica o generalmente en la parte II de la lista.

El apartado b) es interesante en extremo. En la parte II de la lista se enumeran las asociaciones siguientes:

Federación Sindical Mundial,
Consejo Mundial de la Paz,
Federación Mundial de la Juventud Democrática,
Unión Internacional de Estudiantes y
Congreso Nacional Africano de la Unión Sudafricana.

El artículo 6 confiere al gobernador la facultad de ordenar a cualquiera que sea dirigente o funcionario de una asociación declarada ilegal en aplicación del artículo 3:

- a) que renuncie, dentro del plazo que se especifique en la notificación, a su posición de dirigente, funcionario o miembro de cualquier asociación o clase de asociación especificada en la notificación;
- b) que no sea dirigente, funcionario o miembro de cualquier asociación o clase de asociación especificada en la notificación durante el plazo, no superior a tres años, que se especifique en la notificación.

El artículo 8 confiere a los agentes de policía amplísimas atribuciones de entrada y registro, comprendida la de hacerlo sin mandamiento si "cree, por motivos razonables, que demorar la obtención de un mandamiento en aplicación del presente artículo se opondría a los fines del registro".

El artículo 9 es examinado detalladamente, más abajo, en la sección B. 2. 2).

¹⁷ Es decir, el gobernador previa deliberación del Consejo de Ministros.

En el artículo 11 se definen algunas hipótesis de orden legal. Se supone "hasta y a menos que se demuestre lo contrario" que alguien es miembro de una asociación ilícita si asiste a una reunión de la misma o si se hallan en su posesión o a su cargo libros, documentos, insignias, etc. Este tipo de disposición y, sobre todo, las disposiciones que asignan al acusado la carga de la prueba han sido características de las enmiendas introducidas en el curso de los años pasados en las leyes de orden público.

Se dispone en el artículo 13 que si el ministro "ha manifestado que, a su juicio, las actuaciones judiciales relativas a cualquier asunto planteado en aplicación de la presente Ley se deben celebrar a puerta cerrada, el tribunal podrá decretar que las actuaciones se celebren de este modo".

2) *Ley de orden público (2 de diciembre de 1960)*

Se puntualiza en el artículo 4:

Para mayor esclarecimiento de la legislación vigente, se declara por la presente Ley:

- a) que la libertad denominada libertad de asamblea pública no confiere a nadie derecho a estar en un lugar situado en un terreno que sea propiedad o posesión de la Corona, de una autoridad local o de cualquier otra persona.

Esta disposición no es inocua ni mucho menos, pues en las zonas urbanas reservadas a los africanos las salas, los terrenos de juego y demás lugares análogos que, según es de prever, serían utilizados como lugares de reunión son propiedad de la autoridad local o de otra entidad, por ejemplo, los Ferrocarriles de Rodesia o la empresa minera Wankie.

La parte I de la Ley versa sobre las manifestaciones, las asambleas y las reuniones. Se dispone en el artículo 6 que las manifestaciones públicas se efectuarán de conformidad con lo que disponga la autoridad reguladora (corrientemente un oficial superior de policía de la zona). La forma del párrafo 2) es especialmente importante; prescribe que toda persona que desee organizar una manifestación considera que la manifestación no causará o provocará probablemente ninguna perturbación o desorden público, expedirá un permiso en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10", con especificación, entre otras precisiones, de las condiciones que la autoridad reguladora considere necesarias. Los términos en que está redactado el artículo confieren claramente a la autoridad reguladora atribuciones que equivalen en la práctica a plenas facultades discrecionales para determinar si conviene o no expedir el permiso.

Se ha decidido que el artículo 7, que había sido modificado después de la fecha de entrada en vigor de la Constitución, no ha

sido mantenido por el Artículo 70 de la Constitución.¹⁸ Prohibía la convocación de asambleas públicas en domingo o en otra fiesta pública, con excepción de las asambleas de las clases descritas en la primera lista de la Ley o de las asambleas autorizadas por el ministro competente. En la primera lista se excluye del ámbito del artículo las asambleas convocadas para un gran número de fines religiosos, educativos, recreativos, sociales, agrícolas e industriales (comprendidas las asambleas celebradas por los sindicatos inscritos para fines auténticamente sindicales), pero prohíbe repetidamente las asambleas con fines políticos. Por ejemplo, se permiten las reuniones de agricultores “para fines no políticos”; asimismo, se permiten los almuerzos, las cenas o los bailes ofrecidos u organizados por los clubes, asociaciones u entidades “que no tengan carácter político” y, disposición de mayor alcance aún, la exención no se aplica a las asambleas organizadas por cualquier club, etc, “que tenga carácter político y en la cual las discusiones y los asuntos tratados sean de carácter político”.

Los artículos 8, 10 y 11 confieren a los comisarios de distrito y a las autoridades reguladoras facultades amplísimas para prohibir o fiscalizar las asambleas y manifestaciones públicas; los artículos 13 y 13 confieren al ministro facultades más amplias para fines análogos, comprendida la de prohibir que asistan a asambleas los individuos que designe.

El artículo 17 faculta a los agentes de policía a que, “para el debido ejercicio de sus atribuciones preventivas y para la debida ejecución de sus funciones preventivas”, prohiban que cualquier persona presente en una asamblea dirija la palabra a la asamblea y entre o permanezca en el local, inclusive un local privado, donde estén reunidas tres o más personas “siempre que tenga motivos razonables para creer que puede producirse una perturbación del orden o que puede hacerse una declaración sediciosa o subversiva”. A los efectos perseguidos por el artículo, el término “local” no abarca la residencia doméstica privada, pero la expresión “local privado” se refiere a los locales a los que el público tiene acceso (previo pago o de otro modo) solamente por autorización del propietario, ocupante o arrendatario. Este artículo fue invocado para irrumpir en una reunión del órgano ejecutivo de un partido político africano celebrada en un local privado; habiéndose negado la policía a partir, el comité tuvo que trasladarse a un domicilio privado.

La parte II de la ley versa sobre las publicaciones impresas. Según el artículo 18, el gobernador podrá decretar la prohibición de una publicación si, a su juicio, “la impresión, publicación, difusión o posesión de cualquier publicación o serie de publicaciones

¹⁸ Véase el asunto *Maluleke*, sección B. 3. 2).

pueden ser incompatibles con el mantenimiento de la seguridad o tranquilidad públicas"; en el caso de un periódico que estuviese inscrito como tal el 2 de diciembre de 1960, una orden a dicho efecto habrá de ser autorizada por resolución de la Asamblea Legislativa.¹⁹

El artículo 20 confiere al ministro de Comunicaciones, a cualquier funcionario de este Ministerio autorizado por el ministro, a cualquier funcionario de aduanas y a cualquier persona autorizada por el ministro, la facultad de retener, abrir y examinar cualquier paquete o artículo "que puede contener, a su juicio, una publicación prohibida o una parte de la misma".

En la parte III de la Ley (arts. 21 a 48) se define una amplia serie de delitos, en relación con muchos de los cuales se atribuye al acusado la carga de la prueba. El efecto global tiene un alcance muy amplio y las penas son severas; en muchos casos se prescribe una multa y en otros, una pena mínima. Nos limitaremos a examinar algunos de los delitos solamente.

En el artículo 26 se definen, entre otros, los delitos siguientes:

Incurrirá en delito, penado con diez años de reclusión como máximo, quien, sin excusa legítima, de la que tendrá que presentar prueba,

- a)
- b) siga con persistencia a otra persona de un lugar a otro;
- c)
- d) cometa algún acto o se comporte de tal modo que pueda obligar o inducir a otra persona a realizar un acto que dicha persona no tiene la obligación legal de ejecutar;
- e) cometa algún acto o se comporte de tal modo que pueda obligar o inducir a otra persona a no realizar un acto que dicha persona tiene la obligación legal de ejecutar;
- f) pida a una persona que ingrese o que no ingrese en un partido político u organización política, o bien en un partido u organización determinados, o bien procure obligar a una persona a hacerlo;
- g) pida a otra persona que exhiba un documento, un emblema u otro objeto revelador de que dicha persona pertenece a un partido político o a una organización política determinados.²⁰

Según lo dispuesto en los apartados d) y e), cometerá un delito quien invite a otro a realizar algo que no está obligado legalmente a hacer (por ejemplo, reunirse para tomar té) si la invitación va acompañada por un elemento de intimidación o de coerción ilegal; si el delito se comete con "fines políticos", se impondrá la

¹⁹ Véase el asunto del *African Daily News*, sección B. 2. 1).

²⁰ Obsérvese de nuevo la importancia atribuida a las actividades políticas.

pena mínima de tres años de reclusión.²¹ Algunos de los resultados han sido penosísimos; en cierto caso una mujer fue condenada a la pena mínima por haber volcado los jarros de algunos clientes en una cervecería y haber exclamado "Hoy no es día de beber cerveza" (Joshua Nkomo estaba siendo juzgado en esas fechas).

El artículo 32 merece ser citado íntegramente:

Cualquier persona que dirija un epíteto insultante, una burla o mofa a otra persona en relación con el hecho de que esta persona:

- a) haya realizado, proseguido, reanudado o abandonado un trabajo o se haya negado a trabajar al servicio de un patrono; o
 - b) haya prestado servicios en calidad de agente de la policía de reserva o en calidad de miembro de un departamento ministerial
- incurrirá en delito penado con una multa de cien libras como máximo o con la privación de libertad por un año como máximo.

Según el artículo 34, constituye delito obrar en una reunión pública "de manera desordenada a los efectos de la reunión o de modo que tenga por efecto impedir el desenvolvimiento de las actividades a que responde la celebración de la reunión"; la pena prevista es una multa de cien libras o un año de reclusión.

Los artículos 39 y 41 versan respectivamente sobre los actos encaminados a minar la autoridad de la policía y la de los demás funcionarios públicos. Entre otros actos, constituye delito proferir una palabra o realizar un acto que pueda suscitar hacia un agente de policía, la policía o cualquier componente de ésta el desprecio, la burla o la falta de estima; rigen disposiciones análogas en relación con un funcionario público o con una clase de los funcionarios públicos. En aplicación del artículo 39, un orador público que en un discurso había calificado a los funcionarios de policía presentes de "muchachitos" fue condenado a cuatro meses de reclusión; en instancia de recurso, la sentencia fue confirmada, pero el tribunal suspendió la aplicación de la pena.²²

El artículo 44, que versa sobre las declaraciones y publicaciones subversivas, ha sido utilizado para limitar considerablemente la libertad de palabra. El artículo enuncia ocho definiciones de declaración subversiva; dos de ellas han servido, en particular, como base de las acusaciones formuladas contra muchos nacionalistas africanos:

Una declaración que pueda:

- i)
- ii) provocar descontento respecto ... del Gobierno o la Constitución de Rodesia del Sur ..., o la administración de justicia en el país;

²¹ Artículo 59.

²² Según este artículo, no se puede optar por una multa.

- v) suscitar o promover sentimientos de hostilidad contra cualquier grupo, sección o clase de la colectividad, o bien exponerlos al desprecio, al ridículo o al desafecto, por consideraciones de raza, religión o color;
-

El párrafo 2), que define los delitos, contiene una reserva en virtud de la cual el acusado no es objeto de condena si consigue convencer al tribunal de que la declaración fue hecha de buena fe y con el propósito

- i) de señalar que el Gobierno ha adoptado alguna medida errada o equivocada;
- ii) de poner de manifiesto errores o defectos en el Gobierno, en la Constitución o en la administración de justicia con objeto de que se subsanen tales errores o defectos; o bien
- iii) de instar a alguien a que procure lograr, por medios legítimos, la modificación de cualquier asunto resuelto por la ley, y de que ello se haga de buena fe, con sosiego, decoro y respeto, y sin imputar ningún propósito indigno o incorrecto.

Difícil era, ciertamente, que un político africano pronunciase un discurso en censura del gobierno sin caer bajo la aplicación del artículo citado. No habría percibido la distinción entre partido que ocupa el poder y gobierno en el sentido de entidad organizada; en cualquier discurso sobre Rodesia era difícil evitar las referencias a los "blancos", que frecuentemente darían lugar a una sentencia condenatoria a menos de considerarse que la referencia era en realidad una alusión al partido gobernante; además, cualquier exceso en cuanto a los términos utilizados anulaba la protección deparada por la reserva.

Muchos de los delitos definidos en esta parte de la Ley son transgresiones cuyo autor no puede ser liberado preventivamente; la Ley reguladora del procedimiento y las pruebas en lo criminal contiene una disposición general en virtud de la cual ni el procesado en primera instancia ni el reo en instancia de recurso puede beneficiarse de la libertad provisional "si el fiscal general considera que ello puede poner en peligro la seguridad pública".

La parte IV contiene varias disposiciones de carácter diverso, en particular el artículo 50 en aplicación del cual se ha confinado a un gran número de personas en diversos lugares del país. Este artículo disponía, en su forma primitiva, lo siguiente:

- 1) Si lo considera conveniente en cualquier momento para mantener la ley y el orden en cualquier lugar de Rodesia del Sur, el ministro podrá ... dictar con respecto a cualquier persona una orden destinada a lograr todos o cualquiera de los fines mencionados en el párrafo 2).
- 2) Se podrá dictar una orden en aplicación del párrafo 1) para lograr todos o cualquiera de los fines siguientes, a saber:

- a) para lograr que, salvo en la medida autorizada por la orden o por un permiso escrito expedido por el ministro, la persona nombrada en la orden no entre en la zona de Rodesia del Sur mencionada en la orden durante un plazo de tres meses como máximo, según se especifique;
 - b) para lograr que, salvo en la medida autorizada por la orden o por un permiso escrito expedido por el ministro, la persona nombrada en la orden permanezca en la zona de Rodesia del Sur mencionada en la orden durante un plazo de tres meses como máximo, según se especifique;
 - c) para lograr que la persona nombrada en la orden dé cuenta de sus desplazamientos de la manera, con la periodicidad, a las autoridades y durante un plazo de tres meses como máximo, según se especifique en la orden.
- 3) Se podrá dictar una orden en aplicación del apartado a) del párrafo 2) con respecto de cualquier persona que esté fuera de la zona especificada.
- 4)
- 5)
- 6) Cualquier orden dictada en aplicación del presente artículo se hará efectiva inmediatamente después de haber sido entregada o comunicada a la persona a la que se refiera; si en el momento de la entrega o comunicación, dicha persona:
- a) en el caso de una orden mencionada en el apartado a) del párrafo 2), esté dentro de la zona especificada en la orden, podrá ser expulsada de la misma;
 - b) en el caso de una orden mencionada en el apartado b) del párrafo 2), esté fuera de la zona especificada en la orden, podrá ser transferida a la misma,
- por cualquier agente de policía y será considerada, en el curso de su traslado, como persona custodiada por la autoridad.
- En las órdenes de la índole descrita se informará al interesado sobre su derecho a plantear objeciones y a dirigirse por escrito al ministro dentro de los siete días siguientes a la fecha de la entrega o comunicación. Si las objeciones formuladas por escrito se reciben dentro de los siete días siguientes a la entrega o comunicación de la orden, el ministro las estudiará y revocará la orden o notificará al interesado su negativa a hacerlo.
- 7)
- 8)

Este artículo fue introducido algunas semanas antes de la fecha de entrada en vigor de la Constitución. El aspecto cronológico tal vez no tenga importancia alguna; por otra parte, quizá sea cierto que el poder legislativo temía por lo menos que el artículo fuera incompatible con la Declaración de Derechos (cuyas estipulaciones ya se conocían, por supuesto). Después de la fecha de entrada en vigor de la Constitución (fijada por la Ley 12 de 1964), el plazo de tres meses se amplió hasta un año y el primer asunto de confinamiento se tramitó con aplicación del artículo en esa forma.²³ Con posterioridad al fallo dictado por la Sala de Apelación en virtud

²³ Véase la descripción del primer caso de confinamiento en la sección B. 1. 1).

del cual la Ley de detención preventiva había cesado de tener vigencia,²⁴ se aprobó otra enmienda según la cual el plazo se amplió de un año a cinco años. Se observará que en el artículo no hay ninguna referencia al confinamiento; éste es el término que se ha considerado conveniente utilizar en los fallos y que se utiliza en el presente trabajo con el mismo propósito.

Próximamente se debatirá ante el Consejo Privado una serie de asuntos sobre los cuales sería incorrecto hacer comentarios: cuál es la interpretación acertada del artículo; si es incompatible con la Declaración de Derechos, en particular el apartado k) del párrafo 2; y si la enmienda en favor de ampliar el plazo de tres meses a un año fue una modificación de carácter sustancial. Ahora bien, cabe decir que, cualquiera que sea la interpretación acertada del artículo y del párrafo 2), apartado k), la disposición constituye una vulneración grave de los derechos fundamentales del individuo.

El artículo 56 confiere a la policía amplias facultades de registro y decomiso:

- 1) Los agentes de policía podrán detener y, sin mandamiento,
 - a) registrar a cualquier persona o vehículo que entre o salga de Rodesia del Sur y a cualquier persona que viaje en el vehículo; y
 - b) decomisar cualquier objeto que, por consideraciones razonables, pueda servir, a juicio del agente, como elemento de prueba para demostrar la comisión de un delito definido por la ley.
- 2)
- 3) Si lo considera conveniente en aras de la seguridad pública, el gobernador podrá decretar, previa notificación en la Gaceta, que durante el plazo especificado en la notificación, los agentes de policía podrán ejercer, sin mandamiento, las atribuciones conferidas por el párrafo 1) en relación con los vehículos y las personas que viajen en los vehículos situados en cualquier lugar de Rodesia del Sur; previa dicha notificación, las atribuciones podrán ser ejercidas del modo indicado.

De hecho, se ha efectuado la notificación prescrita por lo dispuesto en el párrafo 3) y las disposiciones del párrafo 1) han estado en vigor durante un tiempo considerable en relación con todas las personas y vehículos situados en el país, y no meramente en relación con las personas o vehículos entrados o salidos.

3) *La Ley sobre las atribuciones de urgencia (2 de diciembre de 1960)*

Esta Ley fue promulgada en la misma fecha que la Ley de orden público. Su artículo 3 dispone lo siguiente:

²⁴ Véase la descripción del caso de detención en la sección B. 1. 2).

- 1) Si el gobernador considera en cualquier momento que un acto consumado o a punto de ser ejecutado por una persona o un grupo reviste tal naturaleza y es de tal alcance que puede:
 - a) poner en peligro la seguridad pública;
 - b) perturbar o subvertir el orden público;
 - c) perturbar la prestación de un servicio esencial,en Rodesia del Sur o en cualquier lugar de Rodesia del Sur, el gobernador podrá decretar, previa proclamación (denominada en lo sucesivo proclamación del estado de urgencia), que existe el estado de urgencia en Rodesia del Sur o en cualquier lugar de Rodesia del Sur, según las circunstancias propias del caso.
- 2) Ninguna proclamación al efecto estará en vigor durante más de tres meses, pero esto no se opondrá a que se expida otra proclamación al término de dicho plazo o antes de su terminación si la Asamblea Legislativa así lo decide por resolución.
- 3)

El artículo 4 faculta al gobernador para que dicte los reglamentos que considere necesarios o convenientes; según lo dispuesto en el párrafo 2), uno de los objetivos perseguidos por dichos reglamentos puede consistir en autorizar "la detención o prisión sumaria de cualquier persona a la que, a juicio del ministro, sea conveniente detener o recluir en interés público".

* * *

Es evidente que el contenido sustantivo del derecho escrito, considerado en su conjunto, hace posible la comisión de gravísimos atentados contra todos los derechos básicos del hombre. Nos queda por examinar de qué modo y en qué medida las autoridades ejecutivas han utilizado estas atribuciones.

B. ACTOS DEL PODER EJECUTIVO

En el marco legislativo antes descrito, la medida en que la vida de Rodesia del Sur se ajusta al imperio de la ley se puede evaluar teniendo en cuenta la medida en que la Administración considera inadecuadas para sus fines las muy amplias y detalladas atribuciones de que dispone. Sus actos se han ajustado a veces a la estricta letra de la ley, pero otras veces no ha sido así. Ahora bien, la legalidad estricta, como tal, no es el problema que nos interesa; a los presentes efectos es más apropiada la clasificación siguiente:

1. Actos que son ilegales porque vulneran la Constitución u otra ley;
2. Actos que atentan contra la letra de la Constitución;
3. Actos que atentan contra el espíritu de la Constitución.

Políticamente, el espíritu de la Constitución de 1961 tendía a estimular el progreso político de los africanos y a marchar ordenadamente hacia el gobierno de la mayoría, que protegería los derechos y libertades individuales y eliminaría las discriminaciones. Legalmente, es difícil afirmar que lo que se ajusta a la letra atenta contra el espíritu. Sin embargo, por las motivos ya expuestos, la existencia del Artículo 70 hace que la Constitución de Rodesia del Sur sea un caso especial; el documento no se puede tomar en consideración, en cuanto se refiere a su espíritu, como si se hubiese incorporado toda la legislación preexistente incompatible. Y es en este mismo sentido en que utilizamos aquí la expresión "letra de la Constitución", con la excepción del Artículo 70.

1. Actos ilegales

1) *El primer caso de confinamiento*

En febrero de 1964 el gobierno rodesiano empezó a separar de todo contacto con sus conciudadanos a casi todos los dirigentes y organizadores políticos africanos en el plano nacional y regional. Un gran número de ellos fue transferido a las zonas de confinamiento en aplicación del artículo 50 de la Ley de orden público, antes citado. Simultáneamente, el ministro estableció zonas protegidas en torno a las zonas de confinamiento en virtud de órdenes dictadas en aplicación del artículo 5 de la Ley sobre lugares y zonas protegidas, que le autoriza a establecer una zona protegida si, a su juicio, "es necesario o conveniente adoptar medidas especiales para vigilar los movimientos y los traslados" en la zona.

Por efecto de las dos órdenes y de la manera en que se ha aplicado la orden relativa a la zona protegida, en virtud de la cual el ministro considera tener plenas facultades discrecionales para determinar quién puede entrar en la zona protegida,²⁵ nadie ha sido autorizado a ver a los confinados sin el permiso escrito del ministro. (Es interesante observar que, en su exposición de motivos, el ministro reconoce que su propósito, al establecer los "cinturones" protegidos, era limitar y reglamentar el acceso de los miembros del público a los confinados, porque "sin dicha reglamentación quizá no se pueda alcanzar en su totalidad el objetivo del confinamiento".)

La realidad ha sido excelentemente descrita por el presidente de la Corte Suprema de Rodesia del Sur, Sr. Beadle:²⁶

²⁵ El ministro sobrepasó ciertamente las atribuciones conferidas por dicha Ley, porque se consideró capacitado para prohibir la entrada y el tránsito; sin embargo, según la interpretación correcta del artículo, sus atribuciones sólo le autorizaban a regular la entrada y el tránsito; véase *Minister of Justice v. Musarurwa and Others* (1964) (4) S.A.L.R. 209, en la pág. 225.

²⁶ *Minister of Justice v. Musarurwa and Others*, caso citado, en la pág. 211.

El primer grupo de confinados, internado en la zona de Wha Wha, está recluido en un terreno cercado que tiene cinco acres de extensión; el terreno está vigilado desde el exterior por policías y perros policía. El segundo grupo de confinados, internado en la zona de Gonakudzingwa, está recluido en un terreno que tiene 110 acres de extensión y está situado en un coto de caza de una región muy remota. Los confinados no están autorizados a recibir visitantes, salvo permiso oficial previo; la concesión del permiso está totalmente sujeta a la apreciación discrecional del ministro. Los confinados, que han sido autorizados a recibir algunos visitantes, han visto denegado el permiso de recibir a muchos más. Los confinados no pueden obtener ningún empleo ni subvenir a sus necesidades dentro de la zona, pero el gobierno les facilita alojamiento y alimentos básicos. Ahora bien, la calidad del alojamiento y de la alimentación suministrada es cuestión controvertida entre las partes. Se reconoce, sin embargo, que el alojamiento facilitado no es adecuado como vivienda para los familiares de los confinados; de hecho, algunas de las familias viven allí. No hay en ninguna de las zonas la posibilidad de comprar alimentos u otros artículos; hay empero una cantina fuera del campamento de Wha Wha donde la policía compra a veces artículos para los confinados a petición de éstos, pero la policía considera que dispensa una gracia al prestar este servicio. Los confinados pueden circular libremente dentro de las zonas y no están sujetos a la rígida disciplina que se suele asociar con los campamentos de internamiento o detención, pero es evidente que están sujetos a cierta disciplina cuando se tiene presente que sus privilegios son suprimidos si no cumplen las instrucciones que se les dan. Así se desprende de los siguientes pasajes de dos declaraciones juradas remitidas por los confinados en Wha Wha que dicen así:

Además, no se suministran siquiera las raciones cotidianas. En dos ocasiones durante nuestro confinamiento se ha privado a todo el campamento del aprovisionamiento (y al mismo tiempo de alimentos) porque no había asistido un número satisfactorio de confinados al acto de pasar lista, que tiene efecto diariamente a las 7,30. Fuimos privados de alimentos en dos ocasiones: cuando pedimos frijoles en vez de garbanzos que no habíamos podido cocer, y cuando no acudimos a la puerta en respuesta a lo ordenado por el policía.

Se desprende de los hechos descritos que los confinados en Wha Wha están recluidos en una zona relativamente pequeña, completamente cercada y vigilada. Es cierto que los confinados en Gonakudzingwa están recluidos en una zona más extensa que no está cercada, pero su lejanía y el hecho de que esté rodeada por una zona protegida de 60 millas cuadradas la aíslan del resto del territorio tan eficazmente como si estuviese en una isla; en lo que a los confinados se refiere, están recluidos y aislados dentro de ella tan eficazmente como si la zona estuviese cercada y vigilada como lo está la zona de Wha Wha.

Estas medidas de confinamiento fueron impugnadas por recurso presentado al Alto Tribunal. El recurso fue aceptado por considerar el Tribunal que, según los hechos, la libertad individual había sido reducida casi hasta el mínimo y que este hecho no era admisible de conformidad con el Artículo 50. Previa presentación de recurso por el ministro, la Sala de Apelación consideró innecesario confirmar

o desechar las conclusiones del tribunal inferior acerca de la libertad individual y rechazó unánimemente el recurso por otros motivos. A juicio del presidente de la Corte Suprema, no era admisible ejercer juntamente para una finalidad ilegítima las atribuciones conferidas por las dos leyes, a pesar de que las atribuciones conferidas por cada ley, consideradas separadamente, habían sido ejercidas legalmente para el fin a que respondía su concesión. En sus opiniones concurrentes, los otros dos magistrados de apelación agregaron otras consideraciones relacionadas con cada una de las leyes.

No se ha pronunciado todavía la palabra definitiva sobre este asunto; se ha concedido al ministro licencia especial para recurrir ante el Consejo Privado.

2) *El procedimiento de la detención preventiva* ²⁷

El fallo relativo al primer asunto de confinamiento fue pronunciado el 13 de agosto de 1964. El ministro expidió inmediatamente nuevas órdenes en aplicación del artículo 50; se ampliaron las zonas de confinamiento y, por supuesto, no se mantuvieron los cinturones de protección. Por consiguiente, el público pudo acceder libremente a los confinados y un número rápidamente creciente de personas empezó a visitarles. No es aventurado llegar a la conclusión de que éste fue el motivo que dio lugar a las medidas que seguidamente examinaremos.

En octubre de 1964 el gobernador ordenó la detención de Joshua Nkomo y de dieciséis de sus partidarios más destacados en la cárcel de Gwelo. Esta orden se dictó en aplicación de la Ley de 1959 sobre la detención preventiva (disposiciones transitorias); como consecuencia de dicha medida, los detenidos quedaron sujetos en todos los aspectos a los reglamentos y disciplina penitenciarios, salvo en lo concerniente a los trabajos forzados. Es innecesario examinar las disposiciones de dicha Ley; basta decir que autorizaba la detención sin proceso durante el plazo de vigencia de la Ley.

La Ley fue promulgada inicialmente el 15 de mayo de 1959 y, según lo dispuesto en el artículo 24, párrafo 1), debía permanecer en vigor durante cinco años a partir de esta fecha "y caducar luego". A principios de 1964 el ministro presentó una enmienda a la Ley en favor de ampliar el plazo hasta los diez años. El Consejo Constitucional, que emitió dictamen adverso a la enmienda propuesta, manifestó que la Ley primitiva era incompatible con la Constitución y que la enmienda era una modificación sustancial que no había sido mantenida, por consiguiente, por el Artículo 70. El gobierno no disponía en esa época de una mayoría parlamentaria de dos tercios, pero la oposición dio su apoyo y la enmienda fue debidamente aprobada antes del 15 de mayo.

²⁷ *Nkomo and Others v. Minister of Law and Order* 1963 (1) S.A.L.R. 498.

Las órdenes de detención fueron impugnadas por recurso directo ante la Sala de Apelación, de conformidad con el Artículo 71 de la Constitución. El abogado del ministro expuso en términos un tanto indecisos sus argumentos destinados a afirmar que la Ley principal no era incompatible con la Constitución, pero lo que en realidad pretendió fue que la enmienda no constituía una enmienda sustancial. El tribunal rechazó por unanimidad ambas pretensiones. También este caso está pendiente de recurso ante el Consejo Privado.

Este asunto es de particular importancia para tener una idea clara de la actitud del gobierno (y, de paso, de la denominada oposición). El gobierno ha sido informado, por el mismo organismo creado como órgano de vigilancia, no sólo de que la Ley es incompatible con la Constitución, sino además de que invocar sus disposiciones sería ilegal. El gobierno decidió pasar por alto la opinión de los juristas miembros del Consejo y, más importante todavía, decidió pasar también por alto las recomendaciones relativas a los derechos de los ciudadanos.

2. Actos que atentan contra la letra de la Constitución

(1) El 26 de agosto de 1964 se prohibió la publicación del *African Daily News* (el único diario con amplia difusión entre el público africano) en virtud de una orden dictada de conformidad con el artículo 18 de la Ley de orden público.²⁸ La orden fue impugnada con el argumento de que el artículo en que se basaba es incompatible con el Artículo 65 de la Constitución y es un abuso de poder.

Se desprende de la sentencia²⁹ que el ministro no procuró en modo alguno argumentar que el artículo 18 no era de hecho incompatible con la Constitución; la argumentación se cifró exclusivamente en demostrar que había sido mantenido por el Artículo 70. La Sala de Apelación (bajo la dirección del presidente de la Corte Suprema) decidió que había sido mantenido por haber entrado en vigor el 2 de diciembre de 1960 y, salvo pequeñas modificaciones, por haber estado en vigor desde entonces en su forma primitiva.

(2) El asunto que examinaremos seguidamente no ha sido objeto de litigio y es mencionado aquí porque, aunque sea legal, la decisión del ministro es, no obstante, incompatible con la letra de la Constitución.

²⁸ Véase la sección A. 2. 2).

²⁹ *African Newspapers (Pvt.) Ltd. and Another v. Lardner-Burke and Another* 1964 (4) S.A.L.R. 486.

El 26 de agosto de 1964 la entidad *People's Caretaker Council* (dirigida por el Sr. Joshua Nkomo) fue declarada asociación ilícita en aplicación de la Ley de asociaciones ilícitas; la policía se apoderó inmediatamente después de varios *jeeps* y de otros vehículos conforme el artículo 8 de dicha Ley y más tarde los confiscó y dispuso de ellos conforme al artículo 9. Tanto el artículo 8 como el 9 han sido modificados desde la fecha de entrada en vigor de la Constitución, pero a los efectos presentes basta citar el párrafo 3) del artículo 9 en su forma primitiva y en la modificada; antes de la fecha de entrada en vigor de la Constitución, disponía lo siguiente:

Si transcurridos tres meses a partir de la fecha del decomiso de un artículo, suma de dinero u objeto nadie - con la excepción de una asociación ilícita o de un dirigente, funcionario o miembro de una asociación de dicha índole - ha demostrado ante el ministro que dicho artículo, suma de dinero u objeto no pertenece a ninguna asociación ilícita ni está relacionado de algún modo con ninguna asociación de dicha clase, el ministro ordenará que dicho artículo, suma de dinero u objeto sea confiscado por la Corona, destruido o destinado al objeto que especifique.

En virtud de la Ley núm. 9 de 1963 este párrafo fue derogado y sustituido por el siguiente:

Si transcurridos tres meses . . . nadie ha demostrado ante el ministro que dicho artículo, suma de dinero u objeto no pertenece a la organización o que no ha sido utilizado de algún modo en beneficio de la asociación o en relación con los fines o las actividades de la asociación antes o después de haber sido declarada una asociación ilícita, el ministro ordenará. . . (Subrayamos nosotros.)

El Consejo Constitucional examinó esta enmienda y en su dictamen manifestó que el párrafo era incompatible con el Artículo 61 de la Constitución. Ahora bien, el dictamen fue un informe no adverso y guardó silencio sobre la cuestión de saber si la enmienda introducía una modificación sustancial en la disposición preexistente; el Consejo habrá considerado, por lo tanto, que no hubo modificación sustancial.

Entendemos que esta conclusión es infundada. En su forma actual, el artículo faculta al ministro a confiscar un vehículo que, seis meses o un año antes de que la asociación fuera declarada ilícita, fue prestado a un miembro de la asociación con objeto de asistir a una reunión, objeto que era perfectamente legítimo en ese momento. Además, el ministro está facultado en la actualidad para confiscar de un comprador de buena fe y a título oneroso un vehículo vendido por la asociación cuando ésta era todavía lícita. Entendemos que no cabía formular esta interpretación del artículo vigente antes de la fecha de entrada en vigor de la Constitución, y entendemos en particular que jamás se podía interpretar que el

poder legislativo se proponía atribuir al ministro facultades penales retroactivas de esta especie.^{29a}

Es de justicia señalar que el ministro fue apoyado por el Consejo Constitucional en su afirmación de que su decisión era legal; en cambio, el Consejo había manifestado que su decisión era incompatible con el Artículo 61 de la Constitución.

3. Actos que atentan contra el espíritu de la Constitución

Nuestra opinión, manifestada ya sobre el espíritu de la Constitución de 1961 — favorecer el estímulo del progreso político africano y el progreso ordenado hacia el gobierno de la mayoría, la protección de los derechos y las libertades humanas y la eliminación de las discriminaciones — no sería aceptado (desde luego no lo sería en su integridad) por el reaccionario partidario de la supremacía blanca. Pero estos aspectos concretos no han sido observados arbitrariamente en la nada: reflejan las declaraciones hechas públicamente tanto por los políticos británicos como por los rodesianos con ocasión de la Conferencia de 1960/61 y reflejan también la reciente reafirmación de la actitud de la Gran Bretaña por el secretario de Relaciones con la Commonwealth (Cámara de los Comunes, 30 de julio de 1965). Más importante todavía, reflejan los requisitos absolutamente mínimos del imperio de la ley en su aplicación a un país que sigue forcejeando bajo el yugo de un régimen minoritario; en realidad tal vez iríamos demasiado lejos si tratáramos de conciliar ese estado de cosas con el derecho de los miembros de una sociedad a elegir un gobierno representativo. Sea lo que fuere, es ciertamente evidente que afirmar que las características mencionadas no reflejan el espíritu de la Constitución es reconocer en el acto que dicho espíritu es incompatible con el imperio de la ley.

Lo cierto es que la oposición nacionalista africana ha sido aplastada y que, al hacerlo obrar así, el gobierno ha reducido hasta casi anularlos los derechos y las libertades que la Constitución tenía por fin proteger. Este objetivo ha sido logrado, además del empleo de los métodos ya examinados, por la utilización de las atribuciones discrecionales conferidas al gobernador, al ministro o a funcionarios

^{29a} Esta opinión ha sido igualmente respaldada por la sentencia No. A.D. 164/65 (véase *Johanna Nkomo v. D. W. Lardner Burke N.O. and another*) del Tribunal de Apelación. El Tribunal, bajo la presidencia de Sir Vincent Quenet, mantuvo que desde el momento que los nuevos artículos preveían el secuestro y confiscación de los bienes que eran propiedad de la organización antes que esta fuera proscripta, introducían una modificación fundamental y de amplio alcance en la ley existente, por lo que el artículo 70 de la Constitución no los cubría. El Tribunal dictaminó que era innecesario a estos efectos decidir si los artículos 8 y 9 eran totalmente nulos y se contentó con afirmar la nulidad de los términos "antes o".

subalternos, entre ellos los comisarios de distrito y las autoridades reguladoras. Examinar este tema en sus pormenores sería una empresa monumental; solamente nos referiremos a algunos de los aspectos más importantes.

1) El derecho a la libertad personal

Los principales ejemplos de privación de libertad son las presentes medidas de confinamiento (contra las que se ha interpuesto recurso) y las detenciones practicadas en estado local de urgencia. Las medidas de confinamiento son actualmente objeto de litigio y algunos hechos son controvertidos; sería incorrecto formular comentarios.

Sin embargo, podemos hacer observaciones sobre un aspecto de estas órdenes (y de otras) dictadas en aplicación del artículo 50 de la Ley de orden público, sobre el cual no hay ninguna controversia de hecho y que, en todo caso, no es cuestión planteada en el asunto. Las órdenes pueden basarse en motivos diversos; inicialmente las consideraciones podían consistir en "la creencia de que el interesado ha participado activamente en la comisión de actos de violencia y de intimidación en . . ."; luego, las consideraciones se hicieron más vagas hasta que el motivo corriente fue sencillamente "la creencia de que el interesado ha participado en actividades subversivas". Es evidentemente imposible oponerse a dicha acusación; las gestiones ante el ministro han de efectuarse necesariamente en términos generales. Pero las facultades discrecionales del ministro no pueden ser impugnadas y los interesados son privados de sus medios de vida y condenados durante periodos de hasta cinco años a subsistir con las raciones básicas suministradas por el gobierno. No hay ninguna disposición relativa al sustento de las personas a cargo, al revés de lo que ocurría en la Ley sobre la detención preventiva.

Este artículo derroca dos bases, como mínimo, del régimen de derecho. El particular no tiene conocimiento, salvo tal vez en términos completamente generales, de las acusaciones formuladas contra él, no tiene derecho a ser oído y carece de vías de recurso; los derechos humanos fundamentales son derogados por medio de legislación delegada.

Lo mismo se aplica a la proclamación de los estados locales de urgencia. El 28 de mayo de 1965 el gobernador proclamó el estado de urgencia en dos zonas remotas; una de ellas (Nuanetsi) abarca la zona de confinamiento donde están internados Nkomo y unos quinientos partidarios. Las proclamaciones se basan en las facultades conferidas por el artículo 3 de la Ley sobre las atribuciones de urgencia; el párrafo 1) del artículo 19 dispone lo siguiente:

Si estima el ministro que la detención de cualquier persona *que se halle en la zona*³⁰ es conveniente en interés público, podrá decretar por orden personal que dicha persona sea detenida y, previa orden al efecto, dicha persona será aprehendida y detenida.

Se dispone en el párrafo 3) que la detención se hará efectiva "en la cárcel o en el lugar que determine el ministro y de conformidad con las instrucciones expedidas por el ministro."

Tres son las categorías de las detenciones practicadas en armonía con esta disposición. La primera está formada por los que estaban confinados antes de la declaración del estado de urgencia; la segunda, por los que fueron internados en la zona de confinamiento después de dicha declaración. Ambas categorías, sobre todo la segunda, tendrán excusa si se quejan de haber estado en la zona de confinamiento contra su voluntad, y no puede decirse con propiedad que "se hallaban en la zona".

Pero el caso de Edward Bhebe, en la tercera categoría, merece una mención especial y detallada.³¹ Bhebe recibió en Bulawayo una orden de confinamiento, en aplicación del artículo 50 de la Ley de orden público, a primera hora del 9 de julio de 1965 y fue conducido inmediatamente al campamento de policía de Nuanetsi,³² situado a una distancia de unas 275 millas, donde llegó a las dos de la tarde aproximadamente. Fue retenido en el campamento de policía hasta la una y media de la tarde, aproximadamente, del día siguiente, cuando recibió una orden de detención basada en "la creencia de que el interesado puede cometer, en la zona³³ o en cualquier parte de la zona, actos que pueden poner en peligro la seguridad pública, perturbar o alterar el orden público o alterar la prestación de un servicio esencial". La orden había sido firmada por el ministro en Salisbury el día 9 e inmediatamente después de haberla recibido Bhebe fue conducido de nuevo a Bulawayo y detenido en la cárcel.³⁴

Afirmar que Bhebe, que legal y materialmente estuvo custodiado por la policía desde que recibió la orden de confinamiento en Bulawayo hasta su transferencia a las autoridades penitenciarias, "se hallaba en la zona de confinamiento" es un abuso de lenguaje.

Conviene señalar además que hay en el país otras dos zonas

³⁰ Subraya el autor del artículo.

³¹ Los hechos han sido descritos por Bhebe y corroborados, en cuanto a las fechas y las horas de comunicación de las órdenes, por los documentos.

³² El campamento de policía está situado en el mismo borde de la zona en estado de urgencia y a unas cien millas de los campamentos donde viven los confinados de Gonakudzingwa. Desde Nuanetsi hasta el punto más cercano de la zona de confinamiento hay una distancia de 60 a 70 millas en línea recta.

³³ La zona de Nuanetsi en estado de urgencia.

³⁴ Ha habido otros casos análogos, pero se desconoce su número exacto.

de confinamiento, ninguna de las cuales está situada en una zona en estado de urgencia.

2) *La libertad de expresión, de asamblea y de asociación*

En relación con la libertad de expresión, nos hemos referido ya al caso del *African Daily News*. La supresión de los partidos políticos y de las organizaciones sindicales (en virtud del artículo 3 de la Ley de asociaciones ilícitas, mantenida por la legislación)³⁵ vulnera no sólo la libertad de asamblea y de asociación, sino también y sobre todo la libertad de expresión. Ambas libertades fueron también reducidas cuando se prohibió a algunos individuos que pronunciasen discursos o asistiesen a reuniones.³⁶ La Ley de orden público prescribe, como hemos visto, la fiscalización más rigurosa de las reuniones y manifestaciones, y estas atribuciones arbitrarias, al alcance de los funcionarios subalternos, han sido ejercidas hasta el máximo; cuando se concede un permiso, se estipulan condiciones cuya violación, por insignificante que sea, puede dar lugar a la orden de dispersión. En la práctica el permiso para celebrar reuniones ha sido denegado con tanta frecuencia que en la actualidad raras son las solicitudes presentadas por las organizaciones africanas.

Además, no se puede celebrar ninguna reunión política o sindical en domingo o en día festivo (los domingos eran los días preferidos para las reuniones de dicha clase) sin la autorización del ministro. Esta disposición³⁷ fue impugnada por Maluleke, presidente de la Unión de traficantes en vehículos a motor y de oficios afines. Afirmó que el artículo no había sido mantenido por el artículo 70 y se presentó al ministro una petición para solicitar que probara que el artículo no iba más allá de lo dispuesto en la Constitución. El asunto no tuvo ulteriores derivaciones, en apariencia por falta de fondos.

Las dificultades eventuales con que se enfrenta un demandante en los asuntos de esta índole han sido ya examinadas.³⁸ Afectan a varios de los derechos humanos básicos y en el asunto de Maluleke, la única impugnación de esta clase, el ministro, al exponer sus motivos, invocó la plena protección de la disposición para legalizar su recurso a una ley incompatible con la Constitución. No hay motivo para suponer que el ministro no lo hará nuevamente en caso necesario.

³⁵ Véase la sección A. 1. 1).

³⁶ Ley de orden público, artículo 13. Véase la sección A. 1. 2).

³⁷ Ley de orden público, artículo 7.

³⁸ Véase la sección A. 1. 3).

3) *Consideraciones de orden general*

Ningún examen de los actos de la Administración sería completo si no hiciésemos mención expresa de que la legislación no se haya puesto en armonía con la Declaración de Derechos. Ahora bien, este asunto ha sido examinado ya en la sección A. 1. 1) y es innecesario agregar más detalles.

Entendemos haber demostrado que el imperio de la ley ha sido objeto de vulneraciones gravísimas en Rodesia del Sur, y que se siguen cometiendo gravísimas vulneraciones. La causa de ello es evidente: solamente de este modo puede el gobierno mantenerse en el poder con una apariencia de orden social. La violación del imperio de la ley es comprensible, aunque sea lamentable, en los países jóvenes que se hallan en proceso de estabilización social y económica, pero incluso en estas circunstancias la violación sólo es aceptable si sigue un curso descendente.

Si en un país que ha sido autónomo durante 42 años se producen violaciones cada vez más importantes, tanto por su gravedad como por su carácter, de los derechos y las libertades humanas, es insoslayable llegar a la conclusión de que el gobierno no puede pretender que expresa la voluntad popular. Y es igualmente insoslayable llegar a otra conclusión: la de que las violaciones cada vez mayores del imperio de la ley reflejan la oposición cada vez más intensa del pueblo.

* * *

EL DERECHO COMPARADO EN LA EUROPA ORIENTAL

por
JÁNOS TÓTH *

I. EL DERECHO COMPARADO Y LA COMPARACIÓN DE SISTEMAS JURIDICOS CON UNA CONCEPCIÓN DISTINTA DE LA LEGALIDAD

A. Problemas metodológicos

1. *Bases teóricas para la comparación de sistemas jurídicos con una concepción distinta de la legalidad. El caso de la Europa oriental*

La instauración del sistema económico y social marxista en la Unión Soviética después de la primera guerra mundial y en varios países de Europa y Asia después de la segunda nos lleva a preguntarnos si tiene utilidad comparar los sistemas jurídicos de las sociedades "capitalista" y "socialista", como son denominadas en la terminología marxista. Los juristas académicos soviéticos afirman que su sistema es totalmente nuevo y único, que es un orden jurídico de categoría superior. Esta afirmación suscita graves dificultades para el estudio comparativo, que sólo se puede efectuar por lo general con datos de la misma índole. Cabe preguntar además si los dos sistemas jurídicos se comprenden con la precisión suficiente para que los juristas de cualquiera de ellos puedan compararlos.

Antes de pasar revista al estado del derecho comparado en la Europa oriental, será útil exponer la actitud de los comparatistas occidentales sobre las posibilidades de cotejo entre sistemas jurídicos con ideas diferentes de la legalidad y, más concretamente, entre los sistemas basados en una "economía de mercado" y los de "economía centralmente planificada", según se les denomina en los textos de las Naciones Unidas sobre cuestiones económicas.

Posibilidad teórica de la comparación

El principio marxista de la "oposición de los dos sistemas jurídicos" limita la comparación a la enumeración de las ventajas del derecho socialista y de los defectos del derecho capitalista. Los comparatistas que trabajan fuera de la órbita comunista rechazan esta actitud por considerar que proyecta la oposición entre los sistemas políticos en el plano de la ciencia jurídica, lo que conviene

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, profesor de la Universidad de Ginebra, Asesor para Europa Oriental de la Comisión Internacional de Juristas.

evitar. Partiendo de esta base, se ha intensificado recientemente en el mundo occidental el interés por la "comparación de los sistemas jurídicos basados en teorías económicas diferentes".¹ Los argumentos aducidos en esos estudios han revelado que el materialismo histórico de Marx no se opone a la aplicación del método comparativo para el análisis de los sistemas jurídicos socialista y no socialista. Se afirma con ello que, si bien los dos sistemas difieren en la evaluación de las instituciones jurídicas, los criterios empleados, es decir, el *método de comparación* es invariable.

Existen las condiciones necesarias para la comparación: los comparatistas han elaborado la terminología apropiada y un sistema de referencias que da a los investigadores occidentales la posibilidad de analizar las instituciones jurídicas de la Europa oriental en su contexto económico y social. En Occidente los comparatistas que estudian los sistemas jurídicos de la Europa oriental han acumulado materiales suficientes para hacer posible el examen de las bases teóricas, de la historia y de los códigos de dichos sistemas jurídicos. Se han creado institutos especializados en muchas partes del mundo a fin de realizar investigaciones sobre el derecho y el régimen de gobierno de los países comunistas. La bibliografía publicada en alemán, francés, inglés y japonés es considerable. Los manuales básicos y los códigos jurídicos han sido traducidos, analizados y discutidos. Las investigaciones son activas e intensas, no obstante el obstáculo creado por la falta de coordinación. La enseñanza, en cambio, está muy a la zaga. La carencia de cursos en los centros de enseñanza jurídica es causa de que el derecho de la Europa oriental sea desconocido por muchos juristas. Sin embargo, entre los especialistas en derecho comparado los estudios sobre el derecho de la Europa oriental están firmemente establecidos y hacen posible una fructuosa comparación.²

La evolución económica y social de nuestro tiempo favorece también el establecimiento de bases de comparación más amplias. Como ha señalado Kazimierz Grzybowski:

Las modificaciones estructurales de la sociedad soviética, las funciones de los grupos sociales de la vida pública de los países socialistas y las

¹ Coloquios de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, 1958 y 1961. Dietrich A. Loeber, "Rechtsvergleichung zwischen Ländern verschiedener Wirtschaftsordnung" (Comparación de sistemas jurídicos entre países de sistemas económicos diferentes), *Rebels Zeitschrift*, 1961, págs. 201 a 229. Kazimierz Grzybowski: *Soviet Legal Institutions*, 1962, Ann Arbor, Michigan. O. W. Jakobs, "Zur Methodik der Zivilrechtsvergleichung zwischen Rechten aus verschiedenen Wirtschaftsordnung" (Metodología para la comparación del derecho civil entre sistemas jurídicos pertenecientes a sistemas económicos diferentes), *Osteuropa-Recht*, enero de 1963.

² I. Zajtay: *L'Association internationale des sciences juridiques*, 4a ed., 1963, pág. 32.

preocupaciones sociales y morales del hombre moderno dentro de la órbita socialista son factores que guardan en su totalidad una analogía notabilísima con la evolución y los problemas en nuestra parte del mundo.³

El caso de la Europa oriental

La órbita comunista o bien, como la llaman a menudo los dirigentes y los académicos comunistas, la comunidad socialista, comprende tanto a países asiáticos como a países europeos: en Asia la República Popular Mongola, China, Corea y Vietnam; en Europa los países a los que colectivamente se hace referencia como la Europa oriental. Las diferencias entre las partes asiática y europea de esta comunidad son notorias. Los países asiáticos están en una fase inicial de desarrollo social, económico y jurídico. Los países de la Europa oriental han llegado a una fase más avanzada. El pensamiento jurídico es también muy distinto: en Asia el derecho tiene una posición subordinada en la vida social, y las tradiciones sociales fijan un contexto muy diferente a las instituciones políticas y jurídicas básicas copiadas de la Unión Soviética.⁴ En la Europa oriental el sistema comunista fue establecido sobre un sistema jurídico de derecho continental europeo con cuantiosos elementos del legado romano. Al estudiar los sistemas jurídicos se han de tener en cuenta estas diferencias. Las investigaciones comparativas sobre los sistemas jurídicos de los países asiáticos socialistas serán forzosamente una empresa de largo alcance, cuya ejecución tal vez rinda resultados tangibles en un futuro remoto, acaso en la generación próxima.⁵

Las investigaciones sobre el derecho de la Europa oriental se pueden realizar en condiciones más favorables. El progreso de la industrialización y las incipientes reformas económicas introducidas en la Europa oriental a fin de establecer un sistema socialista de mercado hacen cada vez más interesante la comparación entre los dos sistemas jurídicos europeos. En esta esfera, al igual que el profesor Hazard, cabe plantear la cuestión de saber "si los problemas de la sociedad industrial moderna, que tienen mucha uniformidad en todos los países desarrollados, son abordados diferentemente a causa de la diferencia de los sistemas económicos en la sociedad interesada".⁶

Según la corriente de pensamiento predominante entre los comparatistas occidentales, las instituciones jurídicas de la Europa

³ Grzybowski, *op. cit.*, págs. 5 y 6.

⁴ *Aspectos dinámicos del imperio de la ley en la época moderna*, 1965, pág. 36 y ss. Syong Choon Hahm, "Factores adversos al imperio del derecho en Corea", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. VI, núm. 2, 1965.

^{5,6} J. N. Hazard, "Comparative Law and Economic Systems", *The Asian Comparative Law Review*, 1963, vol. I, núms. 1 a 4, págs. 85 a 87.

oriental forman parte integrante de la tradición jurídica europea. Los términos utilizados por el Dr. Grzybowski al respecto son categóricos:

El orden jurídico soviético . . . se puede analizar teniendo en cuenta su respuesta a las exigencias de la transformación social, respuesta que ha conservado los aspectos formales del moderno derecho europeo.⁷

En la Europa oriental el terreno está bastante preparado para hacer posibles detalladas e intensas investigaciones de derecho comparado. El conocimiento del derecho de la Europa oriental adquiere cada vez mayor importancia y empieza a ocupar el lugar debido en los estudios de derecho comparado que se realizan en el mundo entero. Para los juristas formados en el sistema jurídico de la Europa continental, las investigaciones sobre el derecho de la Europa oriental tienen el atractivo de constituir una variante especial derivada de un origen común. Además, las investigaciones comparativas sobre las legislaciones europeas – de Oriente y de Occidente – están abriendo perspectivas favorables a una comprensión cada vez más intensa al disminuir la ignorancia y al atenuarse la rigidez ideológica.

Movido por estas consideraciones, el autor del presente trabajo ha decidido circunscribir el alcance de su estudio a la Europa oriental.

Aspectos de la comparación

Los principales problemas que se han de examinar en las investigaciones comparativas se deben a la estructura funcional del derecho. A los efectos del presente trabajo, estos problemas se pueden agrupar bajo los tres epígrafes siguientes:

1. ¿Cuáles son los ideales y los principios generales de las sistemas jurídicos que se van a comparar?
2. ¿Qué relación hay entre sus procedimientos jurídicos? ¿Qué instituciones y procedimientos se utilizan para hacer efectivos los ideales y principios enunciados? ¿Ha sido necesario elaborar nuevos procedimientos jurídicos a causa de la institución de un nuevo sistema jurídico?
3. ¿Cuáles son las esferas más apropiadas para los estudios comparativos y la cooperación entre juristas de sistemas jurídicos diferentes?

⁷ K. Grzybowski, *op. cit.*, pág. 5; cita a J. N. Hazard, *Settling Disputes in Soviet Society*, 1960, págs. 478 y 479. Véase también, por S. Braga, "Das Sowjetische Zivilrecht und das europäische Privatrecht" (El derecho civil soviético y el derecho privado europeo), *Jahrbuch für Ostrecht*, 1960, vol. I, págs. 69 a 84.

2. *El método comparativo en la Europa oriental*

a) *El período de aislamiento*

En la ciencia jurídica soviética el estudio del "derecho capitalista" occidental quedó limitado durante largo tiempo al mínimo estricto requerido por las polémicas ideológicas y las consideraciones políticas. Los sistemas jurídicos occidentales eran considerados históricamente inferiores e ideológicamente peligrosos. Escaseaban las traducciones de las obras de los autores occidentales. La actitud básica fue expresada de modo elocuente por D. M. Genkin, autoridad reconocida en derecho civil soviético, en su prefacio a la traducción del famoso comentario de Ennecerus sobre el derecho privado alemán:

Las investigaciones sobre el derecho civil de los países capitalistas son importantes porque revelan la oposición fundamental entre los sistemas jurídicos capitalistas y el sistema socialista. Las investigaciones sobre el derecho civil y mercantil de los países capitalistas deben poner de manifiesto su carácter explotador dictado por una clase. Un análisis de esta índole sólo se puede efectuar con el método científico del marxismo-leninismo, el único método científico.⁸

Esta actitud de superioridad combinada con la desconfianza hacia todo lo extranjero ha dado lugar a burdas y excesivas simplificaciones y a la subordinación de la comparación jurídica a las consignas políticas del momento. Conviene recordar que, si bien la pretensión de superioridad se remonta a los primeros años de la ciencia jurídica soviética, esta actitud se desarrolló y reinó con imperio absoluto durante la dictadura personal de Stalin, bajo el cual alcanzó sus límites extremos y reveló su vaciedad y carácter perturbador. Como dijo Leonard Schapiro, el derecho cayó en la sima más honda en la que puede sumirse en un Estado totalitario: degeneró en "la práctica constante y sistemática de la ilegalidad más inicua, adulada por un coro cuidadosamente disciplinado, obediente y servil de hombres públicos, entre ellos algunos juristas profesionales y académicos, que pretendían con vanagloria que la legalidad más perfecta del mundo tenía su sede en la Unión Soviética".⁹ Este criterio pone de manifiesto que la comparación limitada por rígidos principios ideológicos deja de ser un contraste científico y se convierte en una serie de alegaciones propagandísticas.

En otros países de la Europa oriental los regímenes políticos siguieron el ejemplo soviéticos y prescindieron del método comparativo científico.

⁸ D. M. Genkin, prefacio a "Ennecerus", Moscú, 1949; citado por Loeber, *op. cit.*, nota 1.

⁹ Leonard Schapiro, "Prospects for the Rule of Law, Law and Legality in the USSR", *Problems of Communism*, marzo-abril de 1965, pág. 5.

b) *Reformas jurídicas y coexistencia*

Las reformas jurídicas iniciadas después de la muerte de Stalin en 1953 han sido uno de los hechos más importantes de la evolución social de toda la Europa oriental. Estas reformas jurídicas han tendido a modificar íntegramente los sistemas jurídicos de los países respectivos, a poner fin al terror y a mejorar la situación jurídica del ciudadano.¹⁰

Por supuesto, estas reformas se ciñen a las limitadas posibilidades del sistema político y social de estos países. Además, se han manifestado tendencias contrarias, favorables a las intervenciones burocráticas centralizadoras. Sin embargo, las reformas han inaugurado un nuevo periodo en la historia jurídica de la Europa oriental¹¹ y han modificado además la actitud con que se aborda el derecho comparado.

Otro factor que contribuye a la formación de una nueva actitud es la política soviética de coexistencia pacífica. Se ha publicado ya una voluminosa bibliografía sobre esta controvertida expresión; a los efectos que nos ocupan, bastará recordar que esta política fue definida oficialmente en el programa del Partido Comunista de la Unión Soviética para 1961, aprobado en el 22º Congreso, como "la competencia pacífica entre el socialismo y el capitalismo en el plano internacional" y como una "forma concreta de la lucha de clases", destinada a triunfar un día sobre todos los adversarios y enemigos del comunismo mundial.¹² Supone renunciar a la doctrina del carácter inevitable de la guerra entre los países socialistas y capitalistas, renuncia que es el obstáculo más entorpecedor de las relaciones sino-soviéticas.

Las reformas jurídicas antes mencionadas han creado una atmósfera más favorable para el trabajo científico. Se alentó a los juristas académicos a que aportasen su contribución a la evolución. Se buscó una nueva fórmula que conciliase la afirmación según la cual el derecho soviético era superior, con la necesidad de intensificar las comparaciones científicas.

El profesor Romashkin, director entonces del Instituto de Estudios Políticos y Jurídicos de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, ha explicado este cambio de actitud en los siguientes términos:

¹⁰ Cfr. "El reconocimiento de los derechos humanos en la Europa oriental", *Boletín* de la Comisión Internacional de Juristas, núm. 24, diciembre de 1965.

¹¹ Reinhart Maurach, "Versuch einer Periodisierung der sowjetischen Rechtsgeschichte" (Hacia la fijación de etapas en la historia del derecho soviético), *Jahrbuch für Ostrecht*, vol. 1/2, octubre de 1960, pág. 107.

¹² Edward McWhinney, *Peaceful Co-existence and Soviet-Western International Law*, 1964, comentado por Ivo Lapenna en *International and Comparative Law Quarterly*, julio de 1965, vol. 14, párr. 3, pág. 1047.

Los juristas soviéticos que, junto con investigadores burgueses, toman parte en las actividades de los organismos que se ocupan del derecho comparado tienen la misión de exponer y explicar las ideas soviéticas en materia de derecho, así como demostrar la superioridad del derecho soviético por ser un derecho perteneciente a una categoría históricamente superior. No deben buscar analogías y coincidencias entre el derecho socialista y el derecho burgués, como por desgracia ocurre todavía en algunas ocasiones.¹³

Esta orientación reconocía la existencia de investigaciones internacionales sobre derecho comparado, así como la necesidad de que los juristas académicos soviéticos participasen en ellas, pero procuraba limitar la participación a la obligación de dar y a la prohibición de aceptar.

El coloquio de Varsovia, 1958

El primer encuentro importante entre juristas de la Europa oriental y sus colegas “formados en los sistemas vigentes en la Europa occidental u originarios de dicha región” – según los ha descrito el profesor Hamson – fue el coloquio organizado en Varsovia en 1958 por la Asociación Internacional de Ciencias Políticas.¹⁴ Representantes sumamente calificados de las diversas especialidades jurídicas de los países de la Europa oriental presentaron memorias sobre la legalidad en sus respectivos países. Las memorias tenían por fin comparar los métodos utilizados para hacer efectiva la legalidad socialista: el primer objetivo era efectuar una comparación de los sistemas jurídicos basados en una idea análoga de la legalidad. El segundo objetivo era exponer y explicar la idea de la legalidad socialista a los muchos participantes occidentales, lo que obligaba inevitablemente a comparar los sistemas jurídicos de sociedades con sistemas económicos e ideas de la legalidad diferentes. Los objetivos perseguidos estaban, pues, en armonía con la nueva actitud.

Principios comunes. Los participantes occidentales observaron que en la Europa occidental y oriental la teoría del derecho tiene muchos puntos en común. El fin fundamental del sistema jurídico de la Europa oriental, según lo formuló el profesor Tshikvadze (Unión Soviética), es “el bienestar total y el desarrollo armónico de todos los miembros de la sociedad y el florecimiento de todas las fuerzas y dotes creadoras de la personalidad”; es idéntico, como se advirtió, a la finalidad básica del sistema jurídico occidental. Se expuso también un número considerable de principios generales comunes, sobre cuya base algunos participantes occidentales se ade-

¹³ Romashkin, P. S., “Zadachi Instituta prava ANSSR v svete reshynio XXI sezda KPSS” (Tareas del Instituto de Estudios Jurídicos asignadas por el 21 Congreso del PCUS), *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1959, núm. 2, pág. 144.

¹⁴ “Le concept de la légalité dans les pays socialistes”, *Zeszyty Problemowe Nauki Polskiej*, Cuadernos de la Academia Polaca de Ciencias, Varsovia, 1961.

lantaron inclusive a expresar una opinión optimista sobre una posible síntesis, a la larga, de los dos sistemas jurídicos. Los juristas de la Europa oriental manifestaron firme oposición a las visiones de esta especie.

Se aceptó que el método comparativo servía con eficacia para realizar el estudio recíproco de los sistemas jurídicos de las sociedades con sistemas económicos diferentes. Se reconoció también la existencia de principios básicos comunes y de analogías de forma entre las instituciones jurídicas. Por lo demás, los juristas de la Europa oriental pusieron empeño en subrayar las limitaciones de toda comparación de dicha índole: si no se tienen en cuenta los factores sociales, económicos y políticos recíprocamente opuestos de las instituciones jurídicas, la comparación se convierte en mero juego con formas huecas, carentes de sustancia.

Casi todos los participantes de la Europa oriental, con la excepción de los yugoslavos, subrayaron las diferencias y no las semejanzas. Jaroszynsky (Polonia) expuso esta actitud en los siguientes términos:

Nuestra labor presente debe tener primero por objeto esclarecer mediante el análisis científico las características más importantes de los dos sistemas jurídicos; luego, tendremos que compararlos y exponer sus diferencias básicas.¹⁵

Pjotr Nedbajlo, de Kiev (Unión Soviética), reconoció también la existencia de analogías, pero sólo de carácter formal. La diferencia esencial estriba en el carácter del poder del Estado: o bien es detentado y ejercido por la clase trabajadora, o bien por los monopolios industriales o financieros.¹⁶

Imre Szabó (Hungría) puso de relieve la importancia de la base teórica de comparación. Las categorías marxistas de forma y contenido determinan también la idea de legalidad. En la teoría marxista el contenido es primordial; la forma ocupa un lugar secundario. Por consiguiente, en materia jurídica, lo que importa es el objetivo; el método de aplicación y los procedimientos utilizados para su aplicación son de importancia secundaria.¹⁷ Agregó por ello que: "a nuestro juicio, es un error buscar analogías formales entre los dos tipos de legalidad si se pasan por alto las diferencias fundamentales".

Para exponer el carácter antagónico de los dos sistemas jurídicos, se estudió la distinta función asignada a los derechos económicos y sociales en cada uno de ellos. Jivko Stalev (Bulgaria) subrayó que en un Estado socialista los derechos sociales, económicos y cul-

¹⁵ *Op. cit.*, pág. 329.

¹⁶ *Op. cit.*, pág. 352.

¹⁷ *Op. cit.*, pág. 401.

turales del ciudadano no sólo se enuncian, sino que además se hacen efectivos por medio de las instituciones sociales; en cambio, en un sistema capitalista sólo tienen cabida la igualdad teórica y la tutela jurídica formal.¹⁸

Este argumento básico, aducido para defender la tesis de la "oposición de principio", fue rebatido por el profesor Colliard (Francia), según el cual dicha yuxtaposición sólo podía estar justificada en un hipotético Estado liberal de comienzos del siglo XIX, pero que desde luego no lo estaba en un moderno Estado de seguridad social, miembro de la sociedad industrial contemporánea.¹⁹

En el coloquio se emprendió también la *comparación de los procedimientos jurídicos*. Los participantes occidentales sentían deseo por saber cómo se aplicaban en la práctica los principios generales antes mencionados y qué instituciones jurídicas existían para salvaguardar los derechos de los ciudadanos. Se estudiaron los procedimientos jurídicos utilizadas en dos ramas del derecho: la fiscalización de la actividad administrativa y el procedimiento penal. El Sr. Letourneur (Francia) hizo notar una diferencia básica en la utilización de los procedimientos jurídicos: la preferencia que en la Europa oriental se da a la "fiscalización popular" con respecto a las garantías judiciales, que son las consideradas esenciales en Occidente.²⁰

Stefan Rozmaryn (Polonia) expuso el concepto y la práctica de la "fiscalización popular" en la Europa oriental por medio de las actividades de los consejos "elegidos" que funcionan bajo la dirección del Partido comunista.²¹

Se observó y reconoció la existencia de analogías, inclusive de coincidencias, en los procedimientos jurídicos de la Europa oriental y occidental. Los investigadores comunistas explicaron unas y otras como la transformación histórica del sistema jurídico capitalista en el socialista. Afirmaron que en la fase superior del desarrollo es razonable conservar los métodos y procedimientos del sistema anterior que se pueden adaptar provechosamente. El empleo de procedimientos análogos se podrá ampliar inclusive en lo porvenir y a este respecto se citó el proyecto polaco de ley sobre la revisión judicial de la actividad administrativa.

La confrontación ideológica reveló la existencia de algunos sectores jurídicos en los que, no obstante las diferencias ideológicas, la comparación parecía posible y útil y que podían servir como *terreno de cooperación* entre juristas de sistemas jurídicos diferentes. Podrían servir para dicho objeto las especialidades sobremañera

¹⁸ *Op. cit.*, pág. 27.

¹⁹ *Op. cit.*, pág. 363.

²⁰ *Op. cit.*, 337 y 338.

²¹ *Op. cit.*, págs. 344 a 347.

técnicas del derecho administrativo y el procedimiento penal. El elemento básico de las conversaciones fue el común interés por la protección de los derechos humanos.

Stanislaw Ehrlich (Polonia) sostuvo que las diferencias que separan a los sistemas políticos no tienen necesariamente por resultado un catálogo diferente de derechos cívicos. En realidad, los mismos derechos se pueden reconocer como fundamentales en ambos sistemas. A su juicio, el socialismo brinda además la posibilidad de acrecentar el número de derechos humanos. Consideraba la protección de los derechos humanos como uno de los factores impulsores del socialismo: afirmó que el fin básico del socialismo es la plena afirmación del individuo; esta afirmación plena favorece la iniciativa individual, que acelera la construcción del socialismo. Radomir Lukic (Yugoslavia) se refirió también al advenimiento de nuevos derechos humanos en una sociedad socialista; el más importante de los nuevos derechos será el derecho a la autonomía de gestión de las empresas e instituciones. Compartía la opinión de que los derechos humanos son un elemento común de ambos sistemas; en Yugoslavia se reconoce cada vez más que su protección se obtiene mediante procedimientos análogos en ambos sistemas.

Refiriéndose a la comparación de los sistemas jurídicos socialistas, P. S. Romashkin manifestó que, a su modo de ver, había unanimidad con respecto a la definición de la legalidad socialista:

Celebro señalar que el debate ha confirmado esplendorosamente la perfecta unanimidad de los representantes de la ciencia jurídica de la Unión Soviética y de las democracias populares con respecto a la idea de la legalidad socialista.²²

En cuanto a las posibilidades y limitaciones inherentes a la comparación de los sistemas jurídicos económicamente distintos, la divergencia de pareceres fue mucho más marcada. La mayoría de los participantes de la Europa oriental subrayó las diferencias y no las analogías. Otros eran partidarios de buscar nuevos sectores de comparación.

A juicio del presidente del coloquio, profesor Rozmaryn, la importancia de éste era decisiva por los *resultados logrados en materia de cooperación*:

Si lo que habíamos previsto, y creo que ésta era la intención, era congregar a especialistas para aumentar sus conocimientos sobre los métodos, los principios y las instituciones jurídicas, así como para intensificar la comprensión y el respeto mutuos, podemos estar, desde luego, satisfechos con lo que hemos logrado. Si el objetivo era el diálogo, confiemos en que prosiga con la misma amistad entre hombres que sienten respeto unos por otros y que, al propio tiempo, sustentan cada uno por su parte firmes convicciones políticas.²³

²² *Op. cit.*, pág. 164.

²³ *Op. cit.*, pág. 408.

En un artículo escrito pocos años después, al Sr. Marc Ancel, el eminente comparatista francés, ha compartido esta apreciación en su integridad. El coloquio de Varsovia ha demostrado que las diferencias entre los sistemas políticos no son óbice para la comprensión recíproca y la colaboración activa entre los juristas.²⁴ Después de un extenso periodo envenenado por las imprecaciones, este resultado es realmente un gran éxito.

En relación con el presente estudio, podemos considerar que el coloquio marca el comienzo del restablecimiento del método comparativo en la Europa oriental como auténtico método de comparación, regido por normas propias, pero subordinado a los principios generales del marxismo.

B. Problemas generales. Importancia del derecho comparado como medio de persuasión y como esfera de cooperación

1. El estudio comparativo del derecho en la Europa oriental y en Occidente

Además de los problemas metodológicos básicos antes examinados, la comparación de sistemas jurídicos basados en sistemas económicos diferentes plantea problemas generales a los que se hizo referencia en el discurso de clausura del coloquio de Varsovia.

Conviene examinar también el estudio comparativo del derecho en los sectores correspondientes. El método comparativo se debe aplicar no sólo a las instituciones y sistemas jurídicos, sino también a una rama especial de la ciencia jurídica. ¿Cuál es la función del estudio comparativo de la jurisprudencia en los respectivos sistemas? Esta cuestión plantea diversos problemas generales.

En la *Europa occidental* el derecho comparado tiene un siglo de historia; es más, esta rama del estudio científico del derecho tuvo sus orígenes en dicha región. En la actualidad el derecho comparado pasa por una fase de reajuste a las circunstancias contemporáneas y está cobrando amplitud mundial.²⁵

Los investigadores jurídicos sustentan opiniones divergentes sobre la definición y objetivos precisos del derecho comparado. Todos coinciden en una tesis básica: el método comparativo puede ser utilizado con provecho para diversos fines prácticos y académicos.²⁶ El jurista profesional y el juez pueden utilizarlo para resol-

²⁴ Marc Ancel, "Valeur actuelle des études de droit comparé", *XXth Century Comparative and Conflict Law, Legal Essays in Honour of Hessel E. Yntema*, Leyde, 1961; pág. 24.

²⁵ David, René, *Les grands systèmes de droit contemporain*, París, 1964; págs. 7 y 8.

²⁶ Ngo Ba Thanh, *De quelques applications du droit comparé*, Saigón, 1964; págs. 5 a 13.

ver problemas de derecho que trascienden dos o más límites territoriales y sistemas jurídicos. El legislador lo utiliza para perfeccionar el derecho interno de su país. El internacionalista lo considera como método útil para determinar "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas", que son fuente del derecho internacional.²⁷ En la enseñanza del derecho, ensancha los horizontes y el estudiante puede darse cuenta así de la misión social del derecho. La comparación le ayudará a descubrir que la solución dada por el derecho de su país no es la única posible.²⁸ Los investigadores que se dedican al estudio de la teoría general del derecho utilizan el método comparativo para analizar los conceptos que los sistemas jurídicos elaboran a fin de proteger ciertos intereses sociales.²⁹

Según la opinión dominante, los sistemas jurídicos tienen en común determinados elementos. Además de la expresión empleada en el apartado c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, antes citada, en los debates académicos se usan corrientemente expresiones análogas, entre ellas las de "núcleo común de los sistemas jurídicos" y "derecho común de la humanidad". Como ha señalado el profesor Schlesinger, "en la actualidad casi nadie pone en duda la existencia de alguna especie de núcleo común".³⁰ Actualmente la tarea consiste en estudiar la naturaleza y la importancia de este núcleo común mediante investigaciones comparativas sistemáticas.

En la *Europa oriental* el estudio comparativo del derecho sobre bases científicas no existe todavía. Como manifestó A. L. Zivs en 1964, "hasta el momento presente no se han definido la función y la esencia del estudio comparativo del derecho como método especial de investigación, ni su posición en el sistema de conceptos científicos".³¹ Así, la comparación del derecho comparado de las mitades oriental y occidental de Europa es limitada, porque los investigadores de la Europa oriental están todavía haciendo balance, tratando de justificar la necesidad de realizar investigaciones comparativas en la esfera jurídica y criticando el derecho comparado occidental.

²⁷ Rudolf B. Schlesinger, *Comparative Law*, 1960; pág. 18. "The common core of legal systems, an emerging subject of comparative study", *XXth Century Comparative and Conflict Law, Legal Essays in Honour of Hessel E. Yntema*, Leyde, 1961; pág. 65.

²⁸ John N. Hazard, "Comparative Law and Economic Systems", *The Asian Comparative Law Quarterly*, vol. 1, núms. 1 a 4, págs. 83 a 94.

²⁹ Paton, George W., *A Textbook of Jurisprudence*, Oxford, 1946; págs. 31 y 32.

³⁰ R. B. Schlesinger, *ibid.*

³¹ Zivs, S. L., "O metode sravnitel'nogo issledovaniya v nauke o gosudarstve i prave" (El método de las investigaciones comparativas en la ciencia del derecho), *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1964, núm. 3, págs. 23 a 35. Véase también, por V. Knapp, *Bibliography of Czechoslovak Legal Literature*, Praga, 1959.

La crítica del derecho comparado occidental se base en el clásico principio marxista de la "crisis general del capitalismo". Según se afirma, esta crisis tiene por consecuencia la descomposición de la ideología burguesa y, en vez de una ideología detallada y constructiva, está produciendo una propaganda anticomunista negativa y estéril que se está convirtiendo cada vez más en la principal arma ideológica para prolongar la existencia del régimen capitalista.

Se critica a la mayoría de los comparatistas occidentales por "servir a todas las tendencias ideológicas del imperialismo reaccionario internacional". Sin embargo, se hace una distinción en beneficio de los investigadores que "no obstante ser adversarios del marxismo-leninismo, son partidarios de la coexistencia pacífica y del desarme y apoyan la posición adoptada por los países socialistas en los problemas internacionales más importantes". Los institutos especializados para el estudio del sistema comunista, comprendidos los dedicados a la investigación de los sistemas jurídicos de la Europa oriental, son calificados colectivamente de centros de propaganda anticomunista.

Se hace además el reproche de que el derecho comparado occidental facilita "los instrumentos científicos que el neocolonialismo utiliza para imponer el sistema jurídico capitalista a los países recientemente emancipados" so capa de la unificación de Europa y de la preparación de un derecho mundial.³²

La libertad de crítica es uno de los principios fundamentales de la libertad académica en Occidente. Es apropiado citar a este respecto el famoso aserto de Milton: "Si hay libertad para expresar opiniones, la verdad prevalecerá sobre la mentira en controversia abierta". La afirmación y la crítica se sitúan así en la perspectiva adecuada y se pueden corregir los errores.

El profesor Zivs formula los objetivos generales del empleo futuro del método comparativo en el derecho comunista en los siguientes términos: "Contribuir a la información del público mundial (*mirovoe obshchestvennost*) y del pueblo trabajador de todos los países sobre los éxitos del socialismo y las ventajas de la organización socialista de la sociedad". Debe tener participación en las investigaciones sobre los sistemas jurídicos de los países recientemente emancipados, dar a conocer en ellos el sistema socialista y contribuir a la unificación de las instituciones jurídicas de los países

³² Krasnow, I. M., "American Research Centres at the Service of Anti-Communism", *International Affairs*, Moscú, 1963; núm. 8. Novoseltsev, Y. N., "West German Ostforschung", *International Affairs*, 1963; núm. 8. Kurina, A., "Anti-Communism and Imperialist Foreign Policy", *International Affairs*, 1963; núm. 7. Tumanov, V. A., "What is hidden behind the slogan 'Rule of Law'?", *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1963; núm. 9, págs. 50 a 61. Zivs, S. L., *op. cit.*, págs. 34 y 35.

miembros del Consejo de Asistencia Económica Mutua (COMECON).³³

Es interesante comparar esta definición con la utilizada por algunos juristas occidentales. Los pensadores de la escuela de Yale, fundada por los profesores Laswell y McDougall, definen la teoría general del derecho como "una ciencia orientada por valores, que ha de contribuir al descubrimiento de los medios políticos que favorezcan el advenimiento en el mundo de un orden público mínimo, basado principalmente en el asentimiento y opuesto a las destrucciones fratricidas de una guerra general".³⁴ Este objetivo se debe conseguir, entre otros métodos, con "una estrategia ideológica apropiada, destinada a ejercer influencia sobre la actitud de grupos numerosos mediante símbolos que se difundirán en el auditorio meta y mediante la creación de centros y vías de comunicación por medio de los cuales se difunden los símbolos escogidos".³⁵

Así, la escuela más activista de pensamiento del derecho occidental contemporáneo atribuye a las investigaciones jurídicas, al igual que los juristas de la Europa oriental, la función de principal instrumento de la ciencia y la política. Los juristas – en este caso las opiniones coinciden – deben informar al "auditorio meta" más amplio que sea posible, auditorio denominado en la Europa oriental "el pueblo trabajador de todos los países" y, según la terminología occidental, "la opinión pública mundial".

Entre los objetivos del método comparativo en materia jurídica, según han sido definidos en la Europa oriental, figura el de persuadir al mayor auditorio posible acerca de la superioridad del sistema jurídico comunista. Evidentemente, los que no comparten esta opinión, entre ellos muchos juristas socialistas, tienen derecho a expresar una opinión contraria y a defender las tesis de su doctrina, así como a hacerlo sin ser vilipendiados como "neocolonialistas" o "imperialistas".

Una auténtica crítica debe tener por fin demostrar científicamente si el derecho comparado occidental tiene o no la debida eficacia. Por este motivo, no se puede menos de acoger con agrado el perfeccionamiento, por el profesor Zivs, de los métodos que se han de emplear para la crítica del derecho comparado occidental, basados en las sólidas tradiciones de la ciencia comparativa. Señala dicho autor que el método comparativo debe consistir en el análisis de los argumentos propuestos, en su evaluación y en la refutación de los que parezcan infundados o débiles. Este método es el correcto.

³³ Zivs, S. L., *op. cit.*, pág. 33.

³⁴ Harold Laswell, "Introduction, Universality versus Parochialism", M. S. McDougall y F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order, the Regulation of International Coercion*, Yale University Press, 1961; págs. xix y xxiv.

³⁵ *Op. cit.*, pág. 317.

Solamente después de haber seguido, argumento tras argumento, los postulados del adversario y después de haber expuesto el apoyo dado a los argumentos propios, se puede proponer una contraargumentación de peso y convincente.

En la teoría general del derecho y en derecho comparado, en las investigaciones científicas, la lógica y la razón deben ser los criterios rectores de la polémica. El empleo de consignas inspiradas por la emoción y la descripción de las críticas como "difamaciones" no son convincentes ni apropiados en una discusión seria, sea cual fuere la parte que a ellos recurra.

En el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas afirma que "toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos". La misión de los comparatistas tanto de la Europa oriental como de Occidente es participar en el establecimiento de dicho orden mundial facilitando a la población cada vez mayor del mundo los mejores métodos de organización que quepa concebir. Esta es una obra de información y persuasión mutuas, en otras palabras, la cooperación de los juristas es necesaria para la ejecución de esta magna empresa.

2. *El derecho comparado y los organismos internacionales*

Naciones Unidas: A fin de preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, se estipula en la Carta de las Naciones Unidas que los Estados cooperarán para desarrollar y estimular el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos. La ejecución de esta obra requiere una utilización amplia del método comparativo en el plano mundial. El natural interés común de los juristas de sistemas políticos y jurídicos diferentes por los derechos humanos puede manifestarse en el foro común de discusión que es la Comisión de Derechos Humanos, la primera entidad internacional que emprendió actividades prácticas en esta esfera; la Comisión ha redactado la Declaración Universal de Derechos Humanos y los proyectos de pactos internacionales sobre derechos humanos.³⁶ Simultáneamente con las labores desarrolladas en esta esfera, se ejecuta desde 1956 un nuevo programa que pone de relieve la utilidad inherente al intercambio de conocimientos y de experiencias sobre la defensa de los derechos humanos. Los principales elementos de este programa son:

1. los informes periódicos de los gobiernos sobre derechos humanos,

³⁶ Albert Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Lovaina-París, 1963.

2. una serie de estudios sobre derechos o grupos de derechos determinados y
3. los servicios de asesoramiento.

Con arreglo a este programa, se conceden becas para estudios y ampliación de estudios y la División de Derechos Humanos de la Secretaría de las Naciones Unidas organiza seminarios sobre diversos problemas relacionados con los derechos humanos para que, merced al canje de experiencias, todos los países se beneficien de los resultados obtenidos por los demás.³⁷

En 1947 la Comisión de Derechos Humanos creó la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, encargada de realizar estudios y proponer recomendaciones sobre estas materias. Este órgano, cuyos miembros han sido designados a título individual y no en calidad de representantes de sus gobiernos, es una entidad estable y valiosa, donde se congregan las personalidades a cargo de los trabajos comparativos del programa de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.³⁸

La Comisión de Derecho Internacional tiene por objeto impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Sus veinticinco miembros, que gozan de reconocida competencia como expertos en derecho internacional, son elegidos de suerte que en la Comisión estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo. Al enunciar las normas de conducta internacional que empiezan a aplicarse en distintas partes del mundo, este órgano especializado de las Naciones Unidas se ha convertido en un centro de cooperación académica entre los internacionalistas.

UNESCO: La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura colabora también en la formulación de una teoría general comparativa del derecho. Según se define en su Constitución, la finalidad de la UNESCO es "contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales".

Uno de los elementos del programa de la UNESCO en la esfera de las ciencias sociales es su labor de defensa de los derechos humanos y en pro de la comprensión internacional. En un informe publicado en 1947 sobre el programa jurídico de la UNESCO se hacía expresamente referencia al estudio comparativo de las instituciones y procedimientos jurídicos a fin de hallar elementos comunes.³⁹

³⁷ *Everyman's United Nations*, 1964, 7a ed., págs. 305 y 312.

³⁸ Cfr. "El proyecto de convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. VI, núm. 2.

³⁹ Lambert, J., *Rapport sur le programme juridique de l'UNESCO*, 2C/40, anexo, París, 1947.

Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas: En 1950 la UNESCO creó una organización no gubernamental internacional, con sede en la Casa de la UNESCO en París y con la misión de ejecutar las principales actividades de su programa de ciencias sociales. La Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas tiene por fin impulsar el desarrollo de las ciencias jurídicas en todo el mundo por medio del estudio de los sistemas jurídicos extranjeros y la utilización del método comparativo. La Asociación contribuye de este modo a mejorar los conocimientos sobre dichos sistemas y a la comprensión internacional. El procedimiento empleado es el intercambio científico en todas sus formas: el intercambio de juristas y de documentación, la organización de reuniones, la concesión de estímulos a las instituciones nacionales dedicadas a las investigaciones de derecho comparado y la coordinación y el apoyo de sus actividades. Las 37 comisiones nacionales (cifra de 1963) forman el Consejo de la Asociación, que elige a un órgano ejecutivo de nueve miembros, el Comité Internacional de Derecho Comparado, que es la entidad suprema de la profesión en el mundo. Las instituciones internacionales que desean impulsar las actividades de la Asociación pueden ser miembros asociados. Hay comisiones nacionales en funcionamiento en todos los países de la Europa oriental con la excepción de Albania y la República Democrática Alemana.

A pesar de la extrema limitación de sus recursos, que le obliga a depender sobre todo de la labor desarrollada por sus comisiones nacionales y los miembros asociados, la Asociación puede contemplar con orgullo importantes éxitos, entre ellos la ampliación de la cooperación entre los juristas de la Europa oriental y de Occidente. En 1958 organizó el coloquio de Varsovia, comentado antes. En el mismo año organizó en Roma otro coloquio sobre los aspectos jurídicos de las relaciones comerciales entre países de estructuras económicas diferentes. En 1961 se celebró en Tréveris, Alemania, una reunión para el examen comparativo del derecho de obligaciones y de propiedad en países de estructuras económicas diferentes, y en este mismo año la Asociación publicó las memorias presentadas en un simposio sobre los aspectos jurídicos del comercio con países de economía planificada.

En 1960 se aprobó un programa de largo alcance que comprende la publicación de bibliografías jurídicas nacionales, de diccionarios y de obras de introducción a los sistemas jurídicos extranjeros. Se preparó también una lista de temas concretos de investigación, por ejemplo, los problemas jurídicos del comercio internacional, la protección de los derechos humanos y los problemas jurídicos de los países en vías desarrollo.

Las relaciones entre los países "socialistas" y los países "burgueses" ocupan un lugar importante. En el informe mencionado se hacía una enérgica crítica de las deficiencias existentes en este terre-

no en relación con la importancia de los problemas planteados, de la falta de coordinación de los estudios comparativos, de la defectuosa enseñanza del derecho de la Europa oriental en las facultades occidentales y del criterio ideológico estrecho, dogmático y sectario con que se aborda el derecho comparado en la Europa oriental.⁴⁰ Es obligado mencionar también las actividades de la Academia Internacional de Derecho Comparado, afiliada a la Asociación, y de las Facultades internacionales dedicadas a la enseñanza del derecho comparado en Estrasburgo y Luxemburgo.

El examen de los esfuerzos desplegados recientemente por los organismos internacionales para ampliar el terreno de encuentro en beneficio de los juristas de sistemas jurídicos diferentes, que profesan ideas distintas sobre la legalidad, debe comprender también una ojeada a las actividades de la Comisión Internacional de Juristas.

La *Comisión Internacional de Juristas*,⁴¹ deseosa de aclarar la significación contemporánea del imperio del derecho, ha efectuado un empleo consciente y deliberado del método comparativo.

La preparación del Congreso celebrado en 1959 en Nueva Delhi para fijar la definición del imperio del derecho, expresión sinónima de régimen de derecho, duró varios años dedicados a extensas investigaciones comparativas sobre los sistemas jurídicos de los cinco continentes.⁴² Como resultado de estas investigaciones, la Comisión llegó a la conclusión siguiente:

En una gran parte del mundo existe, aunque en forma embrionaria, concordancia de opiniones, particularmente entre los juristas profesionales, acerca de la naturaleza y la importancia del imperio del derecho, concepto que se ha adoptado como expresión conveniente para recapitular, por un lado, una combinación de ciertos ideales fundamentales sobre los fines de la sociedad organizada y, por otro, la experiencia práctica materializada en las instituciones, prácticas y tradiciones jurídicas mediante las cuales se pueden hacer efectivos estos ideales.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Congreso de Nueva Delhi entendió por imperio de la ley:

Los principios, instituciones y procedimientos, no siempre idénticos, pero sí análogos, cuya importancia para proteger al individuo frente a las arbitrariedades del poder y permitirle gozar de la dignidad de

⁴⁰ Véase nota 2. Esta Asociación prepara una "International Encyclopedia of Comparative Law" en 16 volúmenes, dirigida por el profesor Konrad Zweigert de Hamburgo. Respecto al derecho socialista en relación con este trabajo, véase John N. Hazard, "Socialist Law and the International Encyclopedia", *Harvard Law Review*, Vol. 79, No. 2, diciembre 1965.

⁴¹ *La Comisión Internacional de Juristas: objetivos, organización y actividades*, Ginebra, 1965.

⁴² *El imperio de la ley en las sociedades libres: informe sobre el Congreso Internacional de Juristas*, Nueva Delhi, India, 1959; págs. 210 a 219.

ser humano ha quedado probada por la experiencia y las tradiciones de los juristas de países diversos, dotados a menudo de diferentes estructuras políticas y económicas.

El Congreso de Delhi manifestó, sin lugar a dudas, que los principios básicos del imperio de la ley y de los derechos humanos y libertades fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos son idénticos. En realidad, las instituciones y los procedimientos que integran el imperio del derecho tienen por fin hacer efectivas las garantías sustantivas de la Declaración Universal.⁴³

Los congresos y conferencias posteriores de la Comisión y sus actividades de diverso orden han contribuido efectiva y considerablemente a la aceptación del imperio del derecho como concepto internacional o supranacional que puede ser objeto de aplicación práctica en países de distintos sistemas políticos y económicos y con tradiciones jurídicas diferentes.⁴⁴

La concepción de imperio de la ley que se adoptó en Nueva Delhi ha supuesto para la Comisión Internacional de Juristas la aceptación del método comparativo. De hecho, su utilización se ha intensificado en los años posteriores y en las publicaciones de la Comisión ha servido para estudiar importantes instituciones jurídicas desde una perspectiva global.⁴⁵ En los congresos y conferencias ha seguido siendo el procedimiento utilizado para abordar y discutir en las deliberaciones los problemas inscritos en el programa de la reunión.⁴⁶

Al perfilar la idea moderna del imperio de la ley, el Congreso de Nueva Delhi tenían conciencia de que, si bien la definición citada es aceptada en Occidente y en otras muchas partes del mundo,⁴⁷ en

⁴³ Sección III del informe de la Primera Comisión:

1) En una sociedad libre regida por el imperio de la ley, incumbe al poder legislativo esforzarse por que los principios proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos se hagan plenamente efectivos.

2) Incumbe a los gobiernos del mundo entero tomar, entre otras, medidas que tengan por finalidad mantener y promover el imperio de la ley, y que revistan la forma de convenios internacionales o regionales similares a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁴⁴ Norman S. Marsh, "El imperio de la ley: Nueva Delhi-Lagos-Río de Janeiro", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. IV, núm. 2, 1963; pág. 280.

⁴⁵ Véase, por Norman S. Marsh, "La asistencia jurídica y el imperio de la ley: notas para un estudio comparativo del problema", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. II, núm. 2. "La detención preventiva en diversos países", *Revista de la CIJ*, vol. III, núms. 1 y 2.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, *Aspectos dinámicos del imperio de la ley en la época moderna*, informe sobre la Conferencia de Juristas del sudeste de Asia y de la región del Pacífico, Bangkok, Tailandia, 1965.

⁴⁷ "The Rule of Law as understood in the West", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, tomo IX, núm. 12, 1959.

los países regidos por partidos comunistas el concepto de la legalidad difiere de él en algunos aspectos fundamentales.

La Comisión, en contacto con institutos especializados en la ejecución de investigaciones sobre el derecho de la Europa oriental, realiza estudios permanentes para la comparación de estas dos clases de legalidad. Estos contactos, que están intensificándose, son extremadamente útiles. La cooperación con el Consejo de Europa ha abierto también nuevas e importantes vías de información y colaboración.

En sus informes especiales y publicaciones periódicas, la Comisión ha publicado una serie de estudios comparativos sobre la evolución jurídica de la Europa oriental.⁴⁸

A este respecto señalamos a la atención del lector un artículo del Dr. E. Zellweger, publicado en 1964, sobre "El principio de la legalidad socialista", donde el autor realiza una comparación detallada de los dos conceptos de legalidad.⁴⁹ Al pasar revista a su aplicación a las instituciones jurídicas, el articulista subraya las analogías y las diferencias en los dos conceptos. La administración pública y la administración de justicia con arreglo a derecho, así como la protección jurídica del individuo, obedecen ciertamente a principios idénticos. La diferencia básica estriba en la interpretación de las leyes, que en la Europa oriental es orientada por el partido comunista. El autor señala: "Es perfectamente lógico, aunque parezca un contrasentido, que la doctrina comunista llegue incluso a considerar la parcialidad bolchevista como el nervio de la legalidad socialista". La causa de la divergencia fundamental entre el principio de la legalidad socialista y el principio de la legalidad en los países bajo el imperio del derecho radica en su respectiva actitud hacia el individuo. En Occidente los órganos del Estado han de cumplir las leyes a fin de respetar la esfera de libertad individual. Según la legalidad socialista, el individuo no sólo tiene que cumplir con la ley, sino que además ha de colaborar activamente en la aplicación de la legislación socialista. Mediante la función educativa de la ley, se enseñará al individuo a "organizar todas las actividades esenciales de su vida individual en concepto de actividades vitales de índole inmediatamente social". Partiendo de este aspecto fundamental, el Dr. Zellweger considera que la principal diferencia entre los dos conceptos de legalidad consiste en que la legalidad socialista no tiene esencialmente por fin proteger la esfera de libertad individual, sino hacer posible la transformación íntegra del individuo.⁵⁰

El método comparativo para el estudio de los problemas jurídicos adoptado por la Comisión Internacional de Juristas tiende a

⁴⁸ Véase en el apéndice al presente artículo la lista de dichas publicaciones.

⁴⁹ E. Zellweger, "El principio de la legalidad socialista", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. V, núm. 2, 1964; págs. 191 a 243.

⁵⁰ *Op. cit.*, págs. 241 y 242.

hacer posible el examen desapasionado y académico de los "principios, instituciones y procedimientos... cuya importancia... ha quedado probada por... juristas de países diversos, dotados a menudo de diferentes estructuras políticas y económicas", para citar de nuevo la definición de Nueva Delhi.

Para impulsar dichos estudios, la Comisión dedica suma atención a la labor desarrollada por los organismos internacionales de la familia de las Naciones Unidas enumerados antes. La participación de la Comisión en las actividades de la Comisión de Derechos Humanos y de su Subcomisión brinda excelentes posibilidades de trabajo en común a juristas que profesan ideas diferentes sobre la legalidad, entre ellos a juristas de la Europa oriental. Los seminarios de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y, especialmente, los celebrados en la Europa oriental (Varsovia, 1963; Liubliana, 1965), han facilitado sobremanera estos encuentros y la labor en común. Las reuniones celebradas bajo los auspicios de la UNESCO y sus asociaciones afiliadas pueden establecer nuevos lazos de comunicación y colaboración.

La Comisión ha entablado contactos directos con institutos de investigaciones jurídicas de la Europa oriental. Mantiene con algunos eficientes intercambios de publicaciones. Estos intercambios podrán intensificarse, desde luego, en lo porvenir. Varios son, en la esfera de los derechos humanos, los temas de interés común, por ejemplo, el estudio de los derechos sociales y económicos en los que cabe compartir documentación y experiencias.

Los contactos y las visitas personales son un medio sencillo y valioso para intensificar la comprensión. Además de los viajes de miembros de la Secretaría de la Comisión Internacional de Juristas a la Europa oriental y las visitas de juristas de dicha región a la sede de la Comisión en Ginebra, merece la pena citar como ejemplo una iniciativa de la sección austríaca de la Comisión. Previa invitación de dicha sección, eminentes juristas de la Europa oriental asistieron a la reunión anual de la Sección celebrada, en mayo de 1965, cerca de Salzburgo. Su presencia en la reunión, que revistió la forma de seminario sobre los problemas contemporáneos del imperio del derecho, ofreció la oportunidad de celebrar intercambios de opiniones y confrontaciones de ideas, útiles e interesantes al propio tiempo, y puso de manifiesto el deseo de mantener y ampliar los contactos que anima a los juristas de las regiones occidental y oriental de Europa.⁵¹

II. PANORAMA DEL DERECHO COMPARADO EN LA EUROPA ORIENTAL

Hemos dicho antes que en la Europa oriental los investigadores

⁵¹ *Boletín* de la Comisión Internacional de Juristas, núm. 23, agosto de 1965.

jurídicos están haciendo balance; ilustraremos seguidamente esta afirmación con una revista panorámica de las publicaciones sobre derecho comparado aparecidas recientemente en dicha región. Los autores de los artículos mencionados son especialistas conocidos, que desempeñan altos cargos en las instituciones directoras de los estudios de ciencias jurídicas en sus países.

Checoslovaquia

Se hace referencia a los problemas del derecho comparado contemporáneo en artículos publicados por los profesores Viktor Knapp y Rudolf Bystricky.

En 1959 Knapp llegaba a la conclusión de que el derecho comparado era considerado como una especialidad occidental, descuidada en la Europa oriental.⁵² En 1963 criticaba el análisis formalista y dogmático del derecho comparado occidental.⁵³

El primer artículo publicado en la Europa oriental para reclamar la creación de un derecho comparado auténticamente marxista se debió a Rudolf Bystricky.⁵⁴ Este autor, basándose en la detallada obra de A. Schnitzer *Vergleichende Rechtslehre* (1960), expuso los antecedentes y la situación presente del derecho comparado occidental y formuló varias críticas teniendo en cuenta las resoluciones aprobadas por el Partido Comunista de la Unión Soviética en su 21 Congreso y las observaciones de P. S. Romashkin. Apoyándose en una iniciativa de dos comparatistas franceses de ideas marxistas, Roland y Monique Weyl,⁵⁵ abogó por la elaboración de una variedad auténticamente marxista de la ciencia del derecho comparado. No es aceptable que Occidente monopolice el método comparativo, del que también deben servirse los investigadores comunistas. Los comparatistas marxistas podrán efectuar un análisis a fondo de las instituciones jurídicas, teniendo presentes las condiciones económicas y sociales. La variedad marxista del derecho comparado tendría los objetivos generales siguientes:

1. Comparar las instituciones jurídicas de los países socialistas a fin de armonizarlas y contribuir al desenvolvimiento de la comunidad de los países socialistas;
2. Favorecer el conocimiento de los sistemas jurídicos extranjeros a fin de perfeccionar las normas reguladoras de los

⁵² Viktor Knapp, *Bibliography of Czechoslovak Legal Literature, 1945-1958*, Instituto de Estudios Jurídicos de la Academia Checoslovaca de Ciencias, Praga, 1959.

⁵³ Viktor Knapp, "Verträge im Tschechoslovakischen Recht" (Los contratos en el derecho checoslovaco), *Rabels Zeitschrift*, 1963, núm. 3, págs. 495 a 497.

⁵⁴ Rudolf Bystricky, "Za marxistickou srovnávací-pravovedu" (Por un derecho comparado marxista), *Právník*, 1962, núm. 8, págs. 625 a 637.

⁵⁵ Monique y Roland Weyl, "Y-a-t-il une conception marxiste du droit comparé?", *La nouvelle critique*, junio de 1961, pág. 146.

- conflictos de leyes y obtener más datos sobre los sistemas jurídicos de los países en vías de desarrollo;
3. Poner de manifiesto la base reaccionaria del derecho y la legalidad en el Occidente imperialista;
 4. Demostrar la superioridad del sistema social y jurídico comunista, perteneciente a una categoría jurídica superior;
 5. Contribuir a la intensificación de las relaciones jurídicas y económicas entre la Europa oriental y Occidente.

Estos objetivos generales fueron precisados por el jurista soviético S. L. Zivs en 1963. Hemos hecho ya nuestra crítica de dichos objetivos.

Hungría

En publicaciones recientes se ha tratado con cierta amplitud de los problemas del derecho comparado contemporáneo. Son autores de los artículos sobre la materia los profesores Szabó y Eorsi.

Los artículos de Imre Szabó⁵⁶ versan principalmente sobre los aspectos metodológicos y teóricos; los de Gyula Eorsi se refieren a los problemas de carácter general.

En el plano de la teoría jurídica, los articulistas subrayan la diferencia fundamental entre los sistemas jurídicos occidental y comunista. Consideran, con acierto, que un análisis formal y dogmático no sirve para abordar los problemas que se plantean en los trabajos de comparación. A su juicio, los comparatistas occidentales no recurren, por lo general, al método sociológico. Inclusive los investigadores que toman en consideración las estructuras sociales parecen detener su atención en las diferencias secundarias dimanantes de los sistemas jurídicos y no llegan a examinar las diferencias efectivas, esto es, los movimientos sociales que determinan el contenido del derecho.⁵⁷

La analogía o la igualdad de las instituciones jurídicas no revela por sí misma el contenido del derecho. Citan el ejemplo de la Europa oriental, donde las antiguas leyes burguesas del legado romano fueron utilizadas durante largo tiempo por el nuevo poder político para el ejercicio de nuevas funciones y el establecimiento de nuevas relaciones sociales. Las analogías son relativas y parciales; la oposición es fundamental y total. Hay además instituciones jurídicas completamente nuevas y de carácter único, entre ellas el derecho de las cooperativas agrícolas, las empresas estatales y los consejos

⁵⁶ Imre Szabó, "La science comparative du droit", *Annales Universitatis Scientiarum Budapestiensis*, sección jurídica, 1964, pág. 134. Imre Szabó, "Ellentmondások a Különbozto tarsadalmi rendszerek joga kozott" (Contradicciones entre los sistemas jurídicos de diferentes sistemas sociales), *Allam és Jogtudomány*, Budapest, 1963; vol. VI, núm. 2, págs. 155 a 167.

⁵⁷ Szabó, *Contradicciones . . .*, pág. 159.

locales, que carecen de equivalente en el sistema occidental y no pueden ser objeto de comparación. Esto sentado, la comparación sigue siendo posible y útil si versa exclusivamente sobre las diferencias: debe poner de manifiesto cómo se utilizan las instituciones jurídicas en un sistema de un tipo nuevo y superior, basado en la propiedad socialista de los medios de producción. La comparación debe mostrar las contradicciones lógicas de los dos tipos de derecho en los planos teórico e institucional. Los investigadores deben considerar siempre que las contradicciones se deben a las diferencias de las estructuras sociales y que su solución sólo puede buscarse en la esfera social. Estas explicaciones teóricas son una ampliación de las opiniones expresadas por el profesor Szabó en el coloquio de Varsovia.

Los problemas generales inherentes al empleo del método comparativo han sido examinados primordialmente por Gyula Eorsi.⁵⁸ El desarrollo de las relaciones comerciales en el plano mundial ha impulsado la evolución del derecho comparado; por ejemplo, ha contribuido a la unificación del derecho relativo a los efectos de comercio y ha favorecido el desarrollo del derecho internacional privado. El derecho comparado florece en Occidente, donde las condiciones para su cultivo son extremadamente favorables. La comparación de las instituciones y los conceptos jurídicos de los sistemas europeo continental y anglosajón es muy fructífera, tanto más cuanto que, para la misma infraestructura económica, ofrecen soluciones prácticas muy diferentes. La creciente interdependencia económica requiere la armonización cada vez mayor de los sistemas jurídicos, y el derecho comparado puede contribuir provechosamente al logro de este objetivo.

Lo verdaderamente difícil es comparar los dos sistemas antagónicos, el "burgués" y el "socialista", pues los dos sistemas sociales contrarios proponen soluciones distintas para ejercer las misiones análogas que tienen encomendadas. Como ejemplo de criterio occidental para abordar el problema, se cita el artículo de André Tunc sobre la función de los contratos en sistemas económicos diferentes.⁵⁹ Tunc puso de relieve que la industrialización plantea el mismo problema para los dos sistemas: cómo conciliar una planificación detallada con las iniciativas y los intereses individuales. En Occidente la

⁵⁸ Gyula Eorsi, "Jogösszehasonlítás és békés együttélés" (El derecho comparado y la coexistencia pacífica), *Allam és Jogtudomány*, Budapest, 1964; vol. VII, núm. 3, págs. 380 a 393. Gyula Eorsi, "Részvételünk 'összehasonlító jogi' rendezvényeken" (Nuestra participación en las reuniones sobre "derecho comparado"), MTA II.0, *Közleményei*, Publicaciones de la Academia de Ciencias, 1962; núm. 1-2, págs. 113 y 114.

⁵⁹ A. Tunc, "La possibilité de comparer le contrat dans les systèmes juridiques à structures économiques différentes", *Rebels Zeitschrift*, 1963; núm. 3, págs. 489 a 494.

solución se basa en la iniciativa individual y los planes tienen por objeto armonizar las actividades individuales. En la Europa oriental la norma básica es la planificación económica centralizada, que concede cada vez mayores posibilidades a la iniciativa individual. Tunc y otros comparatistas occidentales hallan al respecto cierta convergencia y proyectan realizar un día la síntesis de los dos tipos de solución jurídica. En armonía con la posición general manifestada en el coloquio de Varsovia, Eorsi se pronuncia resueltamente en contra de la posibilidad de síntesis y aduce como principal argumento que no hay todavía ninguna alternativa posible fuera de la oposición marxista clásica entre la propiedad privada y la socialista; por consiguiente, una solución obtenida por un tercer método es inconcebible. En este punto sus argumentos son inconvincentes para el que no suscribe la ortodoxia marxista. Está justificado que subraye las limitaciones actuales de la convergencia, así como el deseo de discutir abiertamente las diferencias, y que abogue, al igual que los comparatistas occidentales, en favor de la libertad de polémica pacífica y civilizada para las distintas escuelas de pensamiento en el campo del derecho comparado. Pero queda por ver si la síntesis prevista por Tunc de los dos sistemas jurídicos, o bien la supervivencia de la ortodoxia marxista prevista por Eorsi, será en definitiva una ilusión que no se traducirá en hechos.

Polonia

Los académicos polacos han tenido una participación eminente en el establecimiento de contactos entre los juristas de la Europa oriental y los de Occidente. Conviene hacer referencia una vez más a los resultados obtenidos en el coloquio de Varsovia. Posteriormente el profesor Stefan Rozmaryn, presidente del coloquio, fue elegido presidente del Comité Internacional de Derecho Comparado, órgano ejecutivo de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas.

Cuando se preparaba en 1957 el coloquio de la Asociación en Chicago sobre el imperio del derecho, Rozmaryn aportó como contribución una exposición de ideas sobre la aplicación del método comparativo a los sistemas jurídicos que tienen una misma estructura económica.⁶⁰ En su memoria rechazó el método sociológico del "modelo" o de los "tipos ideales" porque dan excesivas posibilidades al subjetivismo, y preconizó en cambio el método consistente en la búsqueda analítica de los principios e institutos jurídicos comunes. Pusó de relieve su convicción de que el método comparativo no debe limitarse a un mero intercambio de informaciones, sino que debe

⁶⁰ Stefan Rozmaryn, "A propos des colloques de l'Association internationale des sciences juridiques pour la règle de la légalité", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1958, págs. 70 a 75.

acometer a fondo la comparación de los sistemas pertenecientes al mismo tipo de legalidad.

En su discurso de clausura del coloquio de Varsovia, Rozmaryn manifestó que el Comité Internacional de Derecho Comparado le había confiado la preparación de una memoria general sobre el coloquio, como hizo el profesor Hamson en relación con el de Chicago. Es obligado deplorar que esta memoria no fuera recogida en la publicación relativa a las deliberaciones del coloquio de Varsovia. Desde luego, habría dado detalles sobre el método idóneo para comparar los sistemas jurídicos pertenecientes a diferentes tipos de legalidad, a cuyos principios básicos hizo referencia Rozmaryn en el discurso de clausura antes mencionado.

En relación con el derecho civil comparado, es menester mencionar los trabajos de los profesores Czachorski y J. Jakubowski.⁶¹

Rumania

Un artículo publicado recientemente sobre la teoría del derecho reviste también gran importancia en relación con el derecho comparado. El artículo es obra conjunta del profesor Traian Ionasco, director del Instituto de Estudios Jurídicos de la Academia Rumana de Ciencias, y del director adjunto, Eugen A. Barasch; su título es "Factores constantes de la evolución jurídica: el derecho y la lógica".⁶²

Los articulistas proponen el empleo del método comparativo para elaborar conceptos jurídicos de categoría científica que faciliten las actividades realizadas en la esfera judicial y legislativa. Los autores abordan con un nuevo criterio el empleo del método comparativo al reconocer la existencia de factores y conceptos jurídicos que son constantes y comunes a todos los sistemas jurídicos, sea cual fuere su origen: comunista, occidental, etc. Estos conceptos comunes tienen carácter lógico, es decir, han sido elaborados por la razón para reglamentar las relaciones humanas y establecer las normas rectoras de su comportamiento. Los articulistas, que manifiestan expresamente su adhesión a las teorías marxistas, citan la tesis de Engels según la cual los factores económicos determinan en definitiva el curso de la historia, y describen el derecho como un elemento de

⁶¹ M. W. Czachorski, *Bibliographie juridique polonaise, 1944-1956*, Instituto de Ciencias Jurídicas de la Academia Polaca de Ciencias, Varsovia, 1958. Witold Czachorski, "Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et delictuelle", *Rapports généraux au VIe Congrès International de Droit Comparé*, Hamburgo, 1962; Bruselas, 1964; págs. 351 a 367. J. Jakubowski, "Some methodological problems of research on comparative law", *Panstwo i Prawo*, julio de 1963; pág. 183.

⁶² T. Ionasco y E. A. Barasch, "Constant Factors in Law - Law and Logic", *Revue Roumaine des Sciences Sociales*, serie Ciencias Jurídicas, vol. 8, núm. 2, 1964. Cfr. *Boletín* de la CIJ, núm. 23, agosto de 1965.

superestructura económica formada por un conjunto sobremanera complejo de factores sociales, entre ellos los de carácter económico que tienen, eso sí, una influencia decisiva. Los autores hacen referencia a un artículo precursor de los estudios sobre la ciencia del derecho rumano que en 1956 publicó el actual primer ministro, profesor Ion Ch. Maurer, en el primer número de la misma revista.

En dicho artículo Maurer afirmaba que cada sistema jurídico sigue un proceso propio de desarrollo, denominado por él evolución. En esta evolución los conceptos jurídicos formulados mediante la aplicación de la lógica racional ejercen una influencia decisiva que no se puede ni se debe pasar por alto. Partiendo de este principio y citando como ejemplos los conceptos básicos del derecho de obligaciones contractuales y extracontractuales, entre ellos la responsabilidad por delito y por contrato y la capacidad jurídica, los articulistas desenvuelven las consideraciones antes expuestas. Para desarrollar su razonamiento, los autores utilizan el método comparativo y citan a una extensa serie de comentaristas, entre ellos Ihering, diversos jurisconsultos soviéticos contemporáneos, François Géný y los hermanos Mazeaud. Hacen una distinción entre la ciencia del derecho y los procedimientos jurídicos. Los objetivos supremos y el marco teórico de las instituciones jurídicas son determinados por la ciencia del derecho. Los objetivos supremos de un sistema jurídico quizá difieran de los perseguidos por otros sistemas, pues el factor que los determina es la base teórica de la ciencia del derecho, fundada o no, según los casos, en los postulados marxistas. La base teórica o ideológica determina el método fundamental de trabajo. Sin embargo, los autores subrayan que los procedimientos jurídicos empleados para conseguir el objetivo supremo tienen muchos puntos de contacto, no obstante las diferencias ideológicas; en efecto, todos comparten ciertos factores constantes y son el resultado de la aplicación de conceptos lógicos para la reglamentación de las relaciones humanas teniendo en cuenta las transformaciones históricas.

El artículo mencionado refleja un nuevo modo de abordar un problema fundamental en los países de la Europa oriental: revela el deseo de modernizar sus sistemas jurídicos para adaptarlos a las condiciones y a las necesidades de la segunda mitad del siglo presente. En la elaboración del sistema jurídico es posible aplicar procedimientos jurídicos de procedencia diversa, a condición de que estén en armonía con los fines del Estado fijados por el partido comunista. El reconocimiento, por los juristas rumanos, de factores constantes en los procedimientos jurídicos marca un progreso en relación con la actitud manifestada por los juristas marxistas en el coloquio de Varsovia, donde se pusieron de relieve las diferencias y no las analogías; desde luego, será más fácil que los juristas rumanos, salvadas las diferencias ideológicas fundamentales, se relacionen mediante un lenguaje profesional común, con los juristas de los

sistemas jurídicos no comunistas y, en primer lugar, con los herederos del legado jurídico de la Europa occidental.

Unión Soviética

En la actualidad es cuestión muy debatida la independencia del derecho respecto de la filosofía, que en la Unión Soviética equivale a la ideología marxista. Los más destacados investigadores jurídicos soviéticos han formulado complejos argumentos para reforzar la relativa independencia del primero.

M. S. Strogovich, el patriarca de la ciencia del derecho soviética, adoptó una firme actitud en un reciente artículo al manifestar que "el empleo del materialismo dialéctico marxista no excluye los demás métodos, sino que al contrario indica la existencia y la conveniencia de utilizar métodos científicos especiales en las diferentes ramas del conocimiento. La ciencia del derecho debe utilizar también métodos especiales, adaptados a las características de los temas en que se ocupa". Entre los métodos especiales que han de utilizar los juristas, mencionó expresamente los métodos sociológico y comparativo.⁶³

A. A. Piontkovsky pone empeño en subrayar la relativa independencia de la evolución de los sistemas jurídicos y de la ciencia del derecho con respecto a la filosofía general en el plano teórico y con respecto al legislador en el práctico.⁶⁴

La ciencia del derecho debe basarse en métodos propios, gracias a los cuales los investigadores jurídicos estudiarán los hechos de la vida social y jurídica, evaluarán la eficacia de las normas jurídicas en vigor y formularán sugerencias para aplicarlas mejor o para perfeccionarlas. Esta actitud supone reivindicar el derecho a criticar al legislador o a la legislación, reivindicación considerable en un país donde hasta ahora sólo se publicaban observaciones favorables.

En el campo del derecho comparado, S. L. Zivs dedicó un artículo a la función del método comparativo en una ciencia del derecho marxista relativamente independiente. Expuso las mismas opiniones en una conferencia internacional organizada en 1963 por el Instituto Francés de Derecho Comparado en París.⁶⁵

En sus consideraciones sobre el método comparativo, el profesor Zivs se refirió en primer lugar al pasado inmediato, cuando el

⁶³ Strogovich, M. S., "Filosofiya i pravovedenie. Nekotorye metodologicheskie voprosy yuridicheskoi nauki" (Filosofía y teoría del derecho. Algunos problemas metodológicos de ciencia jurídica), *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1965; núm. 6, págs. 74 a 82.

⁶⁴ Piontkovsky, A. A., "Yuridicheskaya nauka ee priroda i metod" (Naturaleza y métodos de la ciencia jurídica), *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, 1965; núm. 7, págs. 73 a 82.

⁶⁵ Gerard Lyon-Caen, "Table ronde sur les études et les recherches de droit comparé en URSS", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1964, págs. 69 a 77.

“esquematismo dogmático” había prohibido el empleo del método comparativo y el examen de los resultados obtenidos por el derecho comparado occidental. Esta fase corresponde a lo que antes denominamos período de aislamiento de la ciencia del derecho de la Europa oriental.

El profesor Zivs citó primero el programa para 1961 del Partido Comunista de la Unión Soviética (PCUS) y las decisiones del Pleno celebrado en 1963 por el Presídium de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, en cuya ocasión L. F. Ilichev, director entonces de la sección ideológica de la Secretaría del PCUS, expuso el programa de trabajo en materia metodológica; el profesor Zivs intentó luego definir la concepción marxista del método comparativo en la ciencia del derecho. Formuló la definición siguiente:

Entendemos por jurisprudencia comparativa la aplicación concreta del método del materialismo dialéctico a las investigaciones sobre los problemas políticos y jurídicos. Este método tiene una característica específica, a saber, se aplica a más de un sistema jurídico y su finalidad es poner de manifiesto las analogías, las diferencias y las oposiciones.

La jurisprudencia comparativa así definida no es una rama separada de la ciencia del derecho: es un método que todos los investigadores jurídicos han de aplicar a todas las ramas del derecho. Se rechaza la utilización del derecho comparado como una especie de “supermétodo”. En la esfera terminológica se desecha también la expresión “derecho comparado” a causa de la consideración antes mencionada: se puede utilizar la expresión “jurisprudencia comparativa” a condición de que se entienda por ella las investigaciones jurídicas comparativas y, más concretamente, el empleo del método comparativo en las investigaciones sobre las instituciones estatales y jurídicas.

En la parte metodológica de su artículo, S. L. Zivs precisa la distinción entre la “comparación de los sistemas jurídicos de tipo idéntico” y de “los sistemas jurídicos de tipo diferente”. La primera comprende la comparación de los sistemas occidentales entre sí, o bien de los sistemas comunistas entre sí. Entiende por la segunda la comparación entre los sistemas jurídicos comunistas y “burgueses”, en cuyo caso surgen dificultades ideológicas. En este caso la comparación debe tender a poner de manifiesto las diferencias que separan las soluciones jurídicas y la oposición ideológica.

Hemos examinado antes los aspectos generales del artículo, pero tal vez sea oportuno hacer ahora referencia a una metáfora utilizada por el autor para explicar el empleo del método comparativo en las comparaciones entre sistemas jurídicos basados en clases distintas de legalidad.⁶⁶ La jurisprudencia comparativa es considerada como un método muy práctico para formar una pantalla en la

⁶⁶ Zivs, *op. cit.*, págs. 32 y 33.

que se pueden proyectar las imágenes básicas reveladoras de la superioridad de un sistema jurídico y de los defectos inherentes al otro sistema.

Yugoslavia

Yugoslavia es el único país de la Europa oriental donde funciona un Instituto de Derecho Comparado. Bajo la dirección del profesor B. T. Blagojević, el Instituto ha realizado múltiples investigaciones y ha publicado una serie de estudios sobre el derecho yugoslavo y extranjero. Ya en 1953 subrayaba el profesor Blagojević la primordial importancia del derecho comparado para la cooperación entre los juristas. Entre las diversas posibilidades de aplicación, se refería a la formulación de los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, mencionados en el apartado c del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.⁶⁷ En cuanto al derecho regulador de las relaciones comerciales internacionales y del arbitraje, los investigadores jurídicos yugoslavos que trabajan bajo la dirección del profesor A. Goldstajn de Zagreb han sido los precursores en la materia en la Europa oriental.⁶⁸ Las actividades más recientes de los comparatistas yugoslavos requieren una atención más detenida de la que es dable concederles en la presente revista panorámica.

Conclusiones

Hace quince años las investigaciones que se realizaban en la Europa oriental en materia de derecho comparado estaban subordinadas a las conveniencias ideológicas y políticas, pero poco a poco la ciencia del derecho en general y el método comparativo en particular han adquirido una independencia relativa. Los esfuerzos desplegados para reforzar esta relativa independencia están todavía en la fase inicial. Su finalidad es reemplazar la ortodoxia ideológica de las épocas pasadas por un método científico basado en criterios jurídicos universales y constantes. Para quien observa la evolución desde la Europa occidental, estos esfuerzos representan una "secularización" de la ciencia del derecho, dominada antes enteramente por la ideología. De modo gradual, aunque lento, se reintroducen algunos métodos de investigación jurídica, entre ellos el comparativo, el sociológico y el estadístico. En realidad, las consideraciones ideológicas no pueden ni deben entorpecer las investigaciones jurídicas de carácter científico y comparativo.

⁶⁷ Borislav T. Blagojević, "Le droit comparé - science ou méthode", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1953; núm. 4.

⁶⁸ Borislav T. Blagojević, *Bibliographie juridique yougoslave*, Instituto de Derecho Comparado de Belgrado, 1959; *Collection of Yugoslav Laws*, vols. I a VIII, Instituto de Derecho Comparado de Belgrado.

Uno de los fines básicos del derecho es resolver controversias entre partes que sustentan opiniones contrarias o defienden intereses antagónicos. Para ello se aplica lo que en francés se denomina *le procédé contradictoire*, que da a las partes la posibilidad de exponer plenamente sus argumentos. Cada parte desempeña su función y en la mayoría de los casos se llega en último término a una decisión equitativa.

¿Por qué no aplicaremos el mismo método a la comparación de conceptos diferentes de la legalidad y a los diferentes criterios seguidos en derecho comparado? Cada una de las partes interesadas habrá de exponer sus argumentos de conformidad con las normas del derecho comparado; el *procédé contradictoire* puede aplicarse para el desarrollo de las discusiones. Y de este modo se podrá utilizar el concepto de imperio del derecho para el estudio comparativo de la ciencia jurídica.

⁶⁹ Aleksander Goldstajn, "The Practice of Economic Courts", *New Yugoslav Law*, 1956; núm. 3-4, págs. 33 a 37. A. Goldstajn, "The contract relations of economic organizations", *New Yugoslav Law*, 1958; núm. 1, págs. 24 a 38.

PUBLICACIONES DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS RELATIVAS A LOS PAÍSES DE LA EUROPA ORIENTAL

1. ESTUDIOS ESPECIALES

- | | |
|-------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Europa oriental | La justicia avasallada. Colección de documentos relativos a abusos de la justicia con fines políticos, 1955 |
| Hungría | La situación en Hungría y la regla de derecho (1957) El persistente desafío de la situación húngara al Estado de derecho (junio de 1957) La justicia en la Hungría de hoy: La situación en Hungría y la regla de derecho (febrero de 1958) |
| Alemania oriental | La injusticia como régimen. Pruebas documentales de la violación sistemática de los derechos fundamentales en la zona soviética de Alemania (1954-1958) La muralla de Berlín: Atentado contra los derechos humanos (marzo de 1962) |

2. ARTICULOS PUBLICADOS EN EL BOLETIN

Boletín núm. 1, 1954:

- | | |
|-----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Unión Soviética | Significado de la independencia judicial detrás del Telón de Acero |
| Polonia | El caso Klimowicz |
| Unión Soviética | Comentario bibliográfico: <i>Soviet Law</i> , por René David y John N. Hazard, 1954 Comentario bibliográfico: <i>Soviet Law and Soviet Society</i> , por George C. Guins, 1954 |
| Unión Soviética | ¿Qué se necesita para preparar un proceso? Métodos soviéticos en materia procesal y forense |

Boletín núm. 2, marzo de 1955:

- | | |
|----------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Checoslovaquia | La legalidad socialista en Checoslovaquia |
| Checoslovaquia | La justicia y la educación |
| Hungría | La justicia y la educación |
| Polonia | La justicia y la educación |
| Checoslovaquia | Hacia el mejoramiento de los métodos judiciales en Checoslovaquia |
| Checoslovaquia | Comentario bibliográfico: <i>The Political Control of Czechoslovakia</i> , por I. Gadourek, 1953 |
| Checoslovaquia | Praga bajo la influencia de Moscú |

Boletín núm. 3, noviembre de 1955:

- | | |
|-----------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| Unión Soviética | La dictadura del proletariado y del partido |
| Europa oriental | Comentario bibliográfico: <i>The Communist Theory of Law</i> , por Hans Kelsen |

Boletín núm. 6, 1956:

| | |
|-----------------|--------------------------------------------------|
| Polonia | Los procesos de Poznan |
| Hungría | La situación en Hungría |
| Unión Soviética | El imperio del derecho y la legalidad socialista |
| Unión Soviética | La justicia y los jueces |

Boletín núm. 7, 1957:

| | |
|-------------------|--------------------------------|
| Checoslovaquia | Recientes tendencias jurídicas |
| Alemania oriental | Inmovilidad jurídica |
| Yugoslavia | El proceso Djilas |

Boletín núm. 8, 1958:

| | |
|------------|---------------------------------|
| Hungría | Depuración en el foro húngaro |
| Yugoslavia | Un proceso político en Belgrado |

Boletín núm. 9, 1959:

| | |
|-------------------|--------------------------------------------|
| Unión Soviética | Reforma de las leyes penales |
| Hungría | Situación inquietante (procesos políticos) |
| Rumania | Nuevas disposiciones del Código Penal |
| Alemania oriental | El juicio de los estudiantes de Dresden |

Boletín núm. 10, enero de 1960:

| | |
|----------------|-------------------------------------------|
| Checoslovaquia | La administración de la justicia de clase |
| Polonia | Cambios en la situación de la abogacía |

Boletín núm. 11, diciembre de 1960:

| | |
|-------------------|--------------------------------|
| Alemania oriental | La colectivización |
| Hungría | Evolución del régimen jurídico |

Boletín núm. 12, 1961:

| | |
|-------------------|-----------------------|
| Alemania oriental | El Código del Trabajo |
| Unión Soviética | La pena de muerte |

Boletín núm. 13, mayo de 1962:

| | |
|-----------------|-----------------------------|
| Albania | Parodia de proceso político |
| Unión Soviética | La legalidad socialista |

Boletín núm. 14, octubre de 1962:

| | |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------|
| Unión Soviética | Aplicación de la pena de muerte para reprimir los delitos económicos |
| Yugoslavia | El proceso de Djilas |

Boletín núm. 15, abril de 1963:

| | |
|----------|-------------------------------------------------------------|
| Bulgaria | La rehabilitación política y la legislación sobre parásitos |
| Hungría | "Destalinización" en el poder judicial |
| Polonia | Los tribunales obreros |

Boletín núm. 16, julio de 1963:

| | |
|-------------------|------------------------------|
| Alemania oriental | Reforma del sistema judicial |
| Alemania | Los refugiados de Berlín |

Boletín núm. 17, diciembre de 1963:

| | |
|----------------|------------------------------------------|
| Checoslovaquia | Rehabilitación de las víctimas de Stalin |
| Rumania | La cuestión de la minoría húngara |
| Yugoslavia | La nueva Constitución |

Boletín núm. 18, marzo de 1964:

| | |
|---------|-----------------------|
| Hungría | Estado de la abogacía |
|---------|-----------------------|

Boletín núm. 19, mayo de 1964:

| | |
|----------------|----------------------------------|
| Checoslovaquia | Reformas jurídicas |
| Polonia | El nuevo Estatuto de la Abogacía |

Boletín núm. 20, septiembre de 1964:

| | |
|-----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Europa oriental | Creciente importancia de las asambleas nacionales en Polonia, Yugoslavia, Checoslovaquia y Bulgaria |
|-----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|

Boletín núm. 21, diciembre de 1964:

| | |
|-----------------|-------------------------------------------------------------|
| Europa oriental | Amnistías en Rumania, Polonia, Bulgaria y Alemania oriental |
| Unión Soviética | El derecho de propiedad privada sobre la vivienda |

Boletín núm. 22, abril de 1965:

| | |
|-------------------|---------------------------------------------------------------|
| Alemania oriental | Las comisiones arbitrales como ramo de la jurisdicción social |
|-------------------|---------------------------------------------------------------|

Boletín núm. 23, agosto de 1965:

| | |
|-----------------|-------------------------------------|
| Rumania | La evolución del sistema jurídico |
| Unión Soviética | Debate sobre una nueva Constitución |

Boletín núm. 24, diciembre de 1965:

| | |
|-----------------|-------------------------------------------|
| Europa oriental | El reconocimiento de los derechos humanos |
|-----------------|-------------------------------------------|

3. ARTICULOS PUBLICADOS EN LA REVISTA*Volumen I, número 1*

| | | |
|-----------------|------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------|
| Unión Soviética | La "Prokuratura" soviética y los derechos del individuo hacia el Estado | Dietrich A. Loebner |
| Polonia | Los juristas polacos a la búsqueda de la legalidad | Estudio de la Secretaría |
| | Sobre determinadas garantías de los derechos del acusado en el proceso penal | Comentario bibliográfico Tadeusz Taras |

Volumen I, número 2

| | | |
|-----------------------------------|------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------|
| Unión Soviética y Europa Oriental | El procedimiento ante los tribunales en Unión Soviética y en Europa oriental | V. Gsovski, K. Grzybowski e I. Sipkov |
|-----------------------------------|------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------|

Volumen II, número 2

| | | |
|-----------------|---------------------------------------------------------------|-----------------|
| Unión Soviética | La fiscalización general, función de la Procuración soviética | Glenn C. Morgan |
|-----------------|---------------------------------------------------------------|-----------------|

- | | | |
|-----------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Unión Soviética y Europa oriental | <i>Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe</i> | Comentario bibliográfico Vladimir Gsovski y Kazimierz Grzybowski, 1959 |
| Unión Soviética | <i>Le Pouvoir Soviétique: Introduction à l'étude de ses institutions</i> | Comentario bibliográfico Henri Chambre, 1959 |
| Alemania oriental | <i>Dokumente zur Staatsordnung der Deutschen Demokratischen Republik</i> | Comentario bibliográfico Günther Albrecht, 1959 |
| Unión Soviética | <i>L'Institution concentrationnaire en Russie</i> | Comentario bibliográfico Paul Barton, 1959 |
| Volumen III, número 1 | | |
| Europa oriental | El procedimiento penal en los países de la Europa oriental y la protección de la libertad individual | Kazimierz Grzybowski |
| Unión Soviética | La detención preventiva y el arresto gubernativo en la URSS | Vladimir Gsovski |
| Unión Soviética | <i>Die Rechtsverletzungen im sozialistischen Staat und ihre Bekämpfung</i> | Comentario bibliográfico Rolf Schüsseler |
| Hungría | <i>Die Ungarischen Strafgesetze</i> | Comentario bibliográfico (Leyes penales traducidas al alemán y presentadas por el Dr. Ladislaus Mezőfy, 1960) |
| Volumen IV, número 1 | | |
| Alemania oriental | El poder judicial en la zona de ocupación soviética de Alemania | Walther Rosenthal |
| Volumen IV, número 2 | | |
| Europa oriental | <i>Law in Eastern Europe</i> . Serie de publicaciones editadas por la Oficina de documentación sobre el derecho de la Europa oriental (Universidad de Leyde) | Comentario bibliográfico 1958-1963 |
| Unión Soviética | <i>The Soviet Legal System</i> | Comentario bibliográfico John N. Hazard e Isaac Shapiro, 1962 |
| Volumen V, número 1 | | |
| Unión Soviética | Delitos económicos en la Unión Soviética | Estudio de la Secretaría |
| Unión Soviética | <i>Soviet Administrative Legality. The Role of the Attorney-General's Office</i> | Comentario bibliográfico Glenn C. Morgan, 1962 |
| Hungría | <i>Der Strafkodex der Ungarischen Volksrepublik</i> | Comentario bibliográfico Dr. Ladislaus Mezőfy, 1964 |
| Volumen V, número 2 | | |
| Unión Soviética | El principio de la legalidad socialista | Edouard Zellweger |
| Hungría | <i>A szocialista alkotmányfejlődés új elemei</i> (Nuevos elementos de la evolución constitucional socialista) | Comentario bibliográfico István Kovács, 1962 |
| Volumen VI, número 1 | | |
| Unión Soviética | Orientaciones del nuevo derecho penal soviético | Tomaso Napolitano |

FACTORES ADVERSOS AL IMPERIO DEL DERECHO EN COREA

por

PYONG CHOON HAHM *

I

En su labor afanosa para crear una colectividad mundial que no esté sometida a la continua amenaza del holocausto nuclear y donde haya cesado la inhumanidad entre hombre y hombre, la especie humana empieza a darse cuenta de la necesidad urgente de instituir un orden internacional que garantice la paz y estabilidad algunas, por lo menos, de las condiciones necesarias para una vida decente. Para nosotros los juristas, este orden internacional ha de basarse en los cimientos del régimen de derecho y ha de estar situado bajo sus auspicios. Pero, antes de que los asuntos del mundo marchen conforme al régimen de derecho, éste tendrá que reinar primero en cada nación y en cada rincón de la tierra.

Todo jurista sabe perfectamente que el establecimiento del régimen de derecho en todos los países es una obra difícilísima. Los juristas de los países donde el régimen de derecho es, y ha sido, una realidad tienen conciencia de lo difícil que es esta obra con mayor claridad que los demás. Pero para los juristas de los países donde no existe siquiera una apariencia de régimen de derecho, el problema de establecerlo en sus propios países reviste un aspecto peculiar que es el tema del presente artículo.

Algunos dirán quizá que la cuestión “¿que es el derecho?” pertenece al ámbito de la filosofía del derecho o de la semántica (o semasiología). Y, por consiguiente, desecharán los esfuerzos encaminados a buscar una solución por considerarlos carentes de importancia práctica. Pero no es posible prescindir de la cuestión tan fácilmente. Si el término “derecho” suscita en la mente del coreano medio una reacción mental que le incita por lo menos a un ligero temor o antagonismo, ¿podemos prever que se entusiasmará al oír la expresión “régimen de derecho”? ¿Tiene el término “derecho” la misma significación para el coreano medio que, digamos, para el inglés medio? ¿Estamos oponiéndonos acaso a los objetivos de la

* Licenciado en Derecho, profesor ayudante y secretario ejecutivo del Instituto de Estudios e Investigaciones Sociales de la Universidad Yonsei, Seúl, Corea del Sur.

empresa consistente en establecer el régimen de derecho con el mero empleo de esta expresión?

Cuando un inglés sabe que su demanda o pleito está siendo tramitado "judicialmente" o en armonía con el "debido procedimiento jurídico", puede tener la seguridad de obtener una solución racional e imparcial de sus problemas. Se enorgullece del valioso legado de la *legalidad*.¹ El derecho es algo que sirve para la protección de sus derechos e intereses y los de su vecino. El derecho podrá ser utilizado contra él, pero siempre podrá recurrir al derecho en beneficio propio algún día venidero. Cuando la ley y el orden son respetados y aplicados, se sentirá tranquilo y seguro. La ley quizá no haya tenido la misma significación a lo largo de toda la historia de Inglaterra, pero por lo menos durante la mayor parte de los últimos siglos la ley ha sido algo que ha existido para su bien.²

En un país asiático, en Corea por ejemplo, la cuestión se plantea de modo totalmente distinto. En primer lugar, la ley como se aplica actualmente no deriva del sistema de vida popular. El pueblo no tiene "un valioso legado de legalidad" del que pueda enorgullecerse. El sistema jurídico vigente ha sido trasplantado del suelo europeo al coreano. Todavía no ha enraizado en esta tierra extranjera. Es, desde luego, uno de los sistemas jurídicos más modernos y científicos del mundo. Pero el pueblo en general no lo considera ni urgente ni importante para su vida cotidiana. El derecho tiene por objeto beneficiar al pueblo, pero éste no sabe cómo aprovecharse de él. Confiere al coreano capacidad jurídica, pero éste siente renuencia a ejercerla, porque tradicionalmente no es un acto "virtuoso" recurrir a la justicia.

En épocas más remotas, antes de la introducción del sistema jurídico europeo, el derecho era un instrumento para gobernar al pueblo. La ley se aplicaba en beneficio del gobernante, jamás en beneficio del gobernado. Llegado el caso, el gobernante jamás vacilaba en pasar por alto la ley, porque él era quien la había promulgado y quien lo había hecho exclusivamente en beneficio propio. Incluso cuando

¹ A. K. R. Kiralfy, *Potter's Outlines of English Legal History* (Londres: Sweet & Maxwell, 1958), págs. 4 y 5.

² Cfr.: "Si miramos las leyes, vemos que administran una justicia igual para todos en sus diferencias privadas. . . La libertad de que disfrutamos en nuestro gobierno abarca también nuestra vida corriente. . . Sin embargo, lo desahogado de nuestras relaciones privadas no nos convierte en ciudadanos anárquicos. Contra esta posibilidad, el temor es nuestra principal defensa; nos enseña a obedecer a los magistrados y a las leyes, sobre todo en lo que se refiere a la protección del lesionado, tanto si tienen efectivamente el carácter de ley escrita como si son normas pertenecientes al código que, no obstante ser inmaterial, no puede ser violado sin cometer una manifiesta ignominia". Pericles, "Oración fúnebre en memoria de Tucídides", en *La guerra del Peloponeso*. El autor del artículo cita la traducción de R. Crawley en *The Peloponnesian War* (Nueva York: Modern Library, 1934), pág. 104.

pretendía profesar la teoría de que el fin de la ley era beneficiar al pueblo, no vacilaba en prescindir de ella con el argumento de que obraba en beneficio del pueblo. Un mero tecnicismo jurídico jamás podía oponerse a la benevolencia de un gobernante virtuoso. Afirmar la existencia de una obligación jurídica del gobernante era una contradicción en sí, en lo que a Corea se refiere. Tal vez pudiera decirse que existía una obligación moral o quizás una obligación respecto de la divinidad, jamás una obligación jurídica. Una carta o un código que tuviera fuerza de obligar tanto al rey como a sus súbditos era conceptualmente imposible.³ El rey estaba siempre, y por definición, por cima de la ley. En Inglaterra la teoría del derecho divino de los reyes tuvo ciertamente vigencia durante algún tiempo, pero una expresión como “el Rey no puede equivocarse” estuvo siempre sujeta a la reserva “*Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege, quia lex facit regem*”.⁴ Y, por supuesto existía la Magna Carta.

El coreano jamás había imaginado siquiera que un súbdito corriente podía recurrir a la ley para la protección de sus libertades y derechos. La idea era totalmente ajena a su sistema de pensamiento. Era conceptualmente imposible. La ley era la antinomia o al antónimo de libertad. La libertad corrompía el derecho, y viceversa. Lo cierto es que jamás existió en Corea una noción de libertad que fuera remotamente comparable a la sustentada por un griego o un romano.⁵ Sencillamente, la idea de que un procedimiento jurídico, “debido” o de otro carácter, es esencial para la protección de la vida, la libertad y los bienes no es “oriental”.

Un famoso poeta e historiador chino se vanagloriaba de no haberse interesado por la ley. El romano se enorgullecía de su derecho y tenía fe en el sistema judicial de Roma; el coreano, en cambio, o bien sentía desprecio por sus leyes o las temía. El romano trataba a los jurisconsultos con deferencia y respetaba la ley y el

³ El presente articulista se propone examinar en otro trabajo este aspecto del problema en relación con la ausencia de “feudalismo” en Corea.

⁴ Cfr.: “Las leyes son algo distinto de lo que determina y expresa la forma de la Constitución; su finalidad es regir la conducta del magistrado en el ejercicio de sus funciones y el castigo de los delincuentes”. Aristóteles, *Política*. El autor del artículo cita la traducción de Jowett (Oxford University Press, 1926), libro IV, cap. 1, 1289a.

⁵ “Herodoto refiere que algunos griegos contestaron a un emisario persa que les instaba a someterse a Jerjes: ‘Vosotros no habéis conocido jamás la libertad y no sabéis cuán dulce es. Si lo hubiérais hecho, nos instaríais a luchar por ella, no sólo con nuestras espadas, sino además con nuestras hachas’”. Edith Hamilton, *The Greek Way to Western Civilization* (Nueva York: The New American Library, A Mentor Book, 1954), pág. 124. Es muy interesante cómo subraya la autora otras diferencias entre Oriente y Occidente en las págs. 123 a 125.

orden; el coreano, en cambio, sólo admiraba a los que podían “vivir fuera de la ley”.

Así, pues, tradicionalmente, el pueblo coreano jamás había tenido buena opinión de la ley. Al contrario, la ley era un instrumento de opresión. Por eso, hacía cuanto podía para eludir su cumplimiento. Le gustaba soslayar el cumplimiento de la ley y engañar a los servicios encargados de aplicarla.⁶ Cuando no tenían la audacia suficiente para incumplir la ley, los coreanos sentían temor hacia ella. Procuraban mantenerla a una distancia respetuosa. Temían siempre quedar “empapelados” por la ley. Si el pueblo hubiese tenido la ley por un bien propio, habría procurado protegerlo y preservarlo. En cambio, la ley venía siempre “de arriba” (*von oben*). Jamás se tenían en cuenta los intereses del pueblo al promulgarla.

La obligación o el deber respondía siempre a una consideración familiar o comunal. Jamás se consideró que la ley era algo que tenía que cumplirse porque *era* la ley. El coreano no está familiarizado con la idea de que un contrato o una promesa se ha ejecutar o cumplir porque *es* un contrato o una promesa. *Pacta sunt servanda* no tiene significado alguno para un coreano. El coreano tal vez cumpla su promesa porque el interesado es alguien relacionado con él por un vínculo familiar o comunal. Esta actitud se debe a que, cuando existe entre las partes contratantes una relación familiar o comunal, el incumplimiento del contrato tiene por consecuencia “perder la faz”. Por supuesto, cuando cumplir la promesa interesa al que la hace, la promesa será cumplida.

Asia puede envanecerse de poseer uno de los códigos penales más antiguos del mundo. Las sucesivas dinastías chinas lo expandieron y ampliaron continuamente. Fue copiado luego por otros países asiáticos. Estos códigos penales eran meticulosamente detallados, ocupaban veintenas de volúmenes y constaban de millares de disposiciones. Sin embargo, no había, en lo que se refiere a las normas reguladoras de los contratos, la propiedad, las asociaciones privadas, el comercio, el mandato y otras cuestiones de derecho privado, un cuerpo de leyes uniformes y codificadas, comparable a los códigos penales. Se consideraban esenciales y se promulgaban las leyes que eran necesarias para gobernar y dominar al pueblo. Las leyes eran, en realidad, las obras maestras del “despotismo oriental”.

El equivalente coreano de derecho, “bup”, deriva inicialmente de la palabra china “fa”. Tiene tres significados cuando es utilizado como sustantivo. El primero es “norma, orden o sistema”. El segun-

⁶ Cfr. los párrafos 76, 77, 78 y 81 del documento de trabajo sobre los “Aspectos dinámicos del imperio de la ley en la época moderna”, Conferencia de Juristas del sudeste de Asia y la región del Pacífico celebrada en Bangkok, Tailandia, 15 a 19 de febrero de 1965, bajo los auspicios de la Comisión Internacional de Juristas.

do es "castigo o pena". El tercero es "forma o apariencia".⁷ Cuando comparamos estos significados con los de *ius*, *droit* o *Recht*, tenemos por lo menos una explicación parcial de la actitud del pueblo coreano hacia la ley. Puede decirse que el primer significado del término es el mismo tanto en Europa como en Asia. Pero el significado denominado "subjetivo" de las voces europeas no sólo falta en muchas partes de Asia, sino que es en algunos casos el término exactamente contrario de castigo o pena.

En esta época de comunicaciones modernas, un término utilizado en un idioma con un significado determinado tiene casi siempre su equivalente en otro por medio de la traducción, interpretación o asimilación. De grado o por fuerza, se emplean frecuentemente los equivalentes coreanos de términos tales como democracia, libertad, individuo, justicia, derechos, deberes, etc. De otro modo no sería posible mantener entre las naciones las vías de comunicación. Pero los problemas no terminan aquí. Después de la llamada traducción, los problemas cobran cada vez mayor complejidad. A menudo estas complicaciones no revelan ninguna señal exterior de tensión subterránea. Así y todo, el problema empeora y se hace a la vez más delicado.

Hemos decidido que nuestro "bup" es el equivalente coreano de *ius*, *droit*, *Recht* y derecho. Después de esta decisión, hemos estado utilizándolo sin prestar la menor atención a sus demás significados que son más importantes simplemente porque tienden a ser pasados por alto. Por lo demás, estos significados están estrechamente relacionados con las convicciones sociales y psicológicas, y la mentalidad cultural subconsciente del pueblo confiere suma importancia a estos significados. Cuando se trata de otros conceptos y principios jurídicos de carácter diverso y más técnico, las dificultades son mayores.

II

¿Puede un sistema de conceptos y valores jurídicos europeos arraigar en un pueblo con una evolución histórica como la descrita? La finalidad del presente artículo no es afirmar que no existe la posibilidad de que un nuevo sistema de conceptos y valores jurídicos arraigue en un país asiático como Corea. Lo que importa es que, antes de que adoptemos un concepto como el de régimen de derecho

⁷ En una época remota uno de los castigos revestía la forma siguiente: se obligaba al culpable a cubrirse con un traje especial y ponerse así en evidencia. La finalidad de este vestido llamativo era obligar a su usuario a sentirse avergonzado en presencia de otros. Era de este modo objeto de censura, así como un ejemplo para los demás. También en este caso la significación del término deriva de una forma de castigo.

y procuremos hacerlo efectivo en Corea, hemos de tener presentes los obstáculos creados por la diferente evolución cultural y las tradiciones históricas. Si la expresión "régimen de derecho" no tiene una acogida feliz en el contexto cultural de este país, es inútil que sigamos pronunciándola con la esperanza de que, por el mero hecho de la repetición, se establezca un orden social del que pueda decirse que se ajusta al régimen de derecho. Es evidente, por lo tanto, que se ha de cambiar o bien la expresión, o bien el contexto cultural.

Recordando que es fácil precisar el significado de un término mediante la adición de uno o dos adjetivos, tal vez se nos permita proponer la adición de calificativos tales como "justo" o "verdaderamente democrático" para determinar la palabra "derecho". Así, la expresión sería la de "régimen de derecho justo" o "régimen de derecho verdaderamente democrático". No tenemos ahora el propósito de fijar la terminología de una vez para todas. Basta señalar la necesidad de lograr que la idea de "régimen de derecho" diga algo más al coreano corriente.

Sigue siendo un tanto incierta, sin embargo, la posibilidad de conseguir la comprensión necesaria mediante la mera adición de algunos calificativos a la expresión. Parece que, a fin de lograr que el concepto signifique lo mismo para un coreano que para un norteamericano por ejemplo, es necesario algo más que un cambio terminológico. El concepto mismo de derecho, según lo entiende un coreano, ha de experimentar una fundamental modificación. Ahora bien, no es fácil cambiar la actitud de un pueblo, sobre todo cuando es el producto de varios millares de años de historia. Una actitud de esta índole no puede ser alterada o reajustada por algunos decenios de la denominada *vida moderna*. En estas circunstancias uno se siente inclinado a cejar totalmente en el empeño por considerarlo imposible o vano.

Todavía peor, en el curso de los últimos decenios el proceso de modernización de Corea no ha marchado bien en absoluto. Para los coreanos el siglo XX se inició con la colonización de su país por una potencia extranjera. La institución de un sistema jurídico moderno se hizo a través de este proceso de colonización. De nuevo consideramos que el nuevo sistema jurídico era *suyo* y no *nuestro*. De nuevo el derecho era algo impuesto desde arriba. De nuevo la ley era un instrumento de opresión, tanto más inicua cuanto que era ejercida por un señor extranjero. Además, esta opresión tenía todos los ingredientes de un "despotismo oriental", porque nuestro colonizador era un país asiático. Es sencillamente lógico que de nuevo el pueblo sintiera temor en presencia de la ley y de los burócratas que la aplicaban. De nuevo la ley operaba en perjuicio de sus intereses. La libertad, la independencia y los demás bienes que enriquecen la vida tenían que ser conquistados haciendo una guerra incesante contra el derecho.

Este estado de cosas fue doblemente desafortunado porque no sólo llevó al pueblo a temer y aborrecer la ley, sino que además dio a la transgresión de la ley un aspecto "patriótico". Despreciar y violar la ley era casi una obligación patriótica del coreano. La persona que cometía traición era el patriota más fervoroso. El coreano que asesinaba a un policía japonés, lanzaba una bomba contra una comisaría de policía o asaltaba un tren de pertrechos militares era admirado, en secreto, por el pueblo. Después de casi medio siglo durante el cual reinó el estado de cosas descrito, el país fue liberado repentinamente al final de la guerra del Pacífico. Para entonces el temor y el desprecio de la ley eran ya actitudes muy definidas.

En nuestro empeño de crear un gobierno estable y democrático, tuvimos que luchar primero contra esta actitud destructiva del pueblo hacia la ley. Frente a dicha actitud todo esfuerzo encaminado a establecer la ley y el orden era sencillamente inútil. Pero el desprecio y el temor habitual de la ley no podían ser vencidos repentinamente. Era imposible lograr súbitamente que el pueblo comprendiera del todo que la ley que despreciaba era su propia ley y que la ley era algo que existía para su beneficio. Era natural que se mirase con sospecha a la abogacía coreana, que se había formado bajo el régimen japonés, porque la mayoría de sus componentes habían recibido una formación japonesa y había colaborado estrechamente con la administración colonial japonesa.⁸

Es evidente, por lo demás, que la existencia del régimen de derecho depende del funcionamiento de un gobierno democrático estable. En otras palabras, es evidente que la democracia política es la condición previa para un orden jurídico democrático. No es de prever que un pueblo que carece de experiencia efectiva del goce de la libertad conozca su valor. No es de prever que una nación que desconoce el orden jurídico estable luche por establecer dicho orden. Habrá de tener primero la oportunidad de presenciar el régimen de derecho en funcionamiento efectivo, como protector de su libertad y dignidad. Entonces, y sólo entonces, comprenderá la necesidad de establecer el régimen de derecho. El pueblo que sólo conozca la dictadura y el autoritarismo no podría apreciar la necesidad de que exista el régimen de derecho.

Pero esto nos lleva de nuevo donde empezamos. Cuando empezamos, nos esforzábamos por obtener el régimen de derecho y termi-

⁸ Algunas ex-colonias que obtuvieron la independencia después de un largo periodo de colonización tropiezan desde luego con dificultades de índole análoga. Muchos de los países recientemente emancipados fueron colonias durante algún tiempo y por este motivo es innegable que intercambiar las enseñanzas por ellos adquiridas contribuirá muy eficazmente a facilitar la instauración del régimen de derecho en todos estos países.

namos diciendo que, para comprender la necesidad de que se establezca el régimen de derecho, hemos de tener primero el régimen de derecho. Consideramos que el régimen de derecho es indispensable para la existencia de una democracia viable. Y ahora decimos que hemos de establecer la democracia antes de poder instituir el régimen de derecho. Este es el círculo vicioso en que se debate una nación en vías de desarrollo como Corea.⁹ Esta es la premisa del círculo que se ha de rebatir como sea. No podemos confiar en el descubrimiento de una fórmula sencilla y hacedera. Ahora bien, algo es cierto. Si efectuamos un pequeño avance en uno de los sectores, podemos prever un avance análogo o mayor en el otro.

Esto nos lleva a examinar la mayor participación que los juristas deben tener en la vida política de la nación. El abogado que entra en la palestra política tiende a ser considerado por sus colegas como un bribón. Ahora bien, esta opinión adversa sobre los abogados que participan activamente en la política no se ha formado sin motivo. La experiencia de este país hasta la fecha nos enseña que, cuando un abogado se convierte en titular de un alto cargo político, no manifiesta por el régimen de derecho, como nosotros lo entendemos, mucho más respeto que el político medio. Por supuesto, no podemos esperar que un abogado político establezca por sí solo el régimen de derecho. Será simplemente arrollado por otros políticos que no tienen idea de la importancia del régimen de derecho. Si así fuera, aumentar el número de los abogados que participan en las actividades políticas sería la solución. Al propio tiempo, no podemos desechar la posibilidad de que los abogados participen más intensamente en los asuntos políticos de la nación teniendo exclusivamente en cuenta que la experiencia pasada no ha llegado a colmar las expectativas. Si un número mayor de abogados con firme fe en el régimen de derecho participase activamente en la vida política de la nación, el régimen de derecho tendría ciertamente mejores perspectivas de enraizar sólidamente en el país.

No se podrá obtener, sin embargo, una participación más intensa y más activa de los abogados en la vida política del país si otros profesionales no despliegan esfuerzos en favor de la cooperación. Es más fácil disertar sobre la libertad individual y la dignidad del hombre que hacer algo positivo que suponga sacrificios y molestias personales de una u otra especie. Los jueces, los fiscales y

⁹ Esto nos recuerda el círculo vicioso en que se halla una nación económicamente subdesarrollada. El profesor Samuelson ha descrito este círculo en los términos siguientes: "La pobreza crea la miseria; la miseria destruye la frugalidad; la falta de formación de capital impide el progreso; la limitación de la demanda colectiva priva de atractivo a los nuevos proyectos de producción en masa; la falta de producción en masa crea la pobreza". Paul A. Samuelson, *Economics: An Introductory Analysis* (Nueva York: McGraw-Hill, 1955), pág. 722.

los abogados en ejercicio habrán de asumir la parte que les corresponda de la difícil labor. Una magistratura valerosa e íntegra contribuirá sobremanera a lograr que el régimen de derecho sea una realidad. El ministerio fiscal puede hacer mucho para atenuar el recelo hacia la ley que late en la mente popular. De hecho se halla en las mejores condiciones posibles para transformar ideas tales como la libertad individual y la dignidad humana en algo más que *clichés* altisonantes, pero sin contenido. Por otra parte, los fiscales en su calidad de funcionarios públicos tienden a ser meros ejecutantes de órdenes administrativas. Cuando se convierten en verdaderos custodios de la libertad personal, el régimen de derecho puede transformarse en objeto valioso que se apetece y al que no se teme.

Con todo, en lo que se refiere a los juristas profesionales, el problema tiene un aspecto que no se puede desechar con la mera enunciación didáctica de una obligación. Como en cualquier otro país, los profesionales coreanos han de esperar que el público recurra a sus servicios. Es cierto que los profesionales pueden aportar algunas contribuciones al régimen de derecho en sectores que no están directamente relacionados con el ejercicio de la abogacía. Pueden participar en actividades cívicas o en labores de beneficencia social. Pero el ejercicio de la profesión les brinda el medio de aportar la contribución más eficaz. Si el público les pide concurso en sus dificultades y perjuicios, los profesionales pueden ayudarles a hallar soluciones a sus problemas y remedios a sus menoscabos, pero esto depende de la inclinación del pueblo a recurrir al abogado en demanda de ayuda. Por desgracia, el pueblo coreano en general no está dispuesto a hacerlo. Esta aversión popular a aprovecharse de los servicios de los abogados se debe en parte a la falta de esfuerzos por parte de la abogacía para instaurar una relación más intensa y eficaz con el público. Pero esta renuencia popular se puede explicar mejor teniendo presente la hostilidad tradicional del pueblo coreano hacia la ley y hacia todos los que estén relacionados con la ley. Hay que lograr que el pueblo se dirija a los abogados para obtener asesoramiento y ayuda. Hay que lograr que el pueblo aprecie el valor de sus servicios profesionales. La actitud general del pueblo hacia la ley tiñe su actitud hacia el jurista profesional. Por eso, antes de que los profesionales puedan contribuir eficazmente a la construcción del régimen de derecho, éste habrá de estar afianzado de suerte que el pueblo pueda considerar la ley como algo dictado en su beneficio. Nos encontramos de nuevo en el círculo vicioso. ¿Cómo podremos romperlo y lograr que el pueblo confíe en el derecho y en los abogados?

Antes de estar en condiciones de abordar el problema, hemos de tener una visión clara de la naturaleza del problema con que nos enfrentamos. Antes de estar en condiciones de aminorar la hostilidad del pueblo hacia la ley, hemos de tener conciencia precisa del al-

cance, la intensidad y la naturaleza de dicha hostilidad. Lograr que el derecho y los servicios de los abogados sean apreciados por el pueblo puede parecer una simple cuestión de relaciones públicas y de propaganda, pero conseguir esta apreciación favorable será imposible sin realizar alguna especie de "análisis del mercado". Si no comprendemos suficientemente *cuán* renuente es el público a recurrir a la ayuda de un abogado y los *motivos* a que obedece dicha renuencia, no podemos esperar en absoluto que tengan éxito nuestros esfuerzos enderezados a fomentar en el pueblo la confianza y la fe en el derecho. Un análisis bien organizado de las opiniones y actitudes del pueblo hacia el derecho será muy útil a este respecto. Esta clase de método *sociológico* será sumamente valioso en los países donde se desconoce tradicionalmente el régimen de derecho. Las dificultades inherentes a los análisis de esta clase son conocidas, pero si bien es un axioma que una actitud o una opinión no pueden ser objeto de medición exacta, sí es cierto que con este tipo de análisis se puede obtener cierta penetración que será de gran utilidad para contribuir a la superación de la frialdad del pueblo hacia la ley.

III

En su empeño de establecer el régimen de derecho, un país asiático como Corea tropieza con la dificultad de hacer del derecho un objeto de afecto por el pueblo. El aborrecimiento y el temor absoluto e incondicional de todo lo que esté remotamente relacionado con el poder y la autoridad públicos han de ser sustituidos por la confianza y la disposición del pueblo a aceptar el régimen de derecho como el guardián de la libertad y dignidad individuales. Para que el concepto de régimen de derecho tenga un mayor significado para el pueblo coreano, puede ser útil agregar a la expresión algunos calificativos, tales como "justo" o "verdaderamente democrático". Ahora bien, si queremos que el régimen de derecho sea algo más que una mera expresión propagandística, hemos de estar dispuestos a promover la necesaria transformación de la actitud del pueblo con respecto al derecho.

Incumbe primordialmente a todos los relacionados con la profesión de abogado procurar que el régimen de derecho sea una realidad feliz y concreta. Los abogados, empero, tienen que darse cuenta primero de la animadversión del pueblo hacia la ley. El estudio intensivo de la historia jurídica de la nación servirá para arrojar luz sobre sus valores y conceptos tradicionales en materia legal. La naturaleza y el alcance de la presente animadversión o frialdad popular hacia la ley se habrá de determinar de antemano a fin de elaborar los métodos más eficaces para vencer esta animadversión o frialdad. A nuestro modo de ver, el análisis de las actitudes y opiniones del pueblo revestirá extrema utilidad al respecto.

EL PROYECTO DE CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA RELIGIOSA

ESTUDIO DE LA ASESORIA DE LA COMISIÓN

En marzo y abril de 1965 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas examinó el proyecto de convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa preparado en enero del mismo año por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Este proyecto es una adición muy importante a la serie de instrumentos internacionales preparados por las Naciones Unidas para hacer efectivos en el mundo los derechos humanos y las libertades fundamentales. Será útil recordar que los otros instrumentos internacionales en proyecto son los propuestos pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales y las propuestas convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y sobre la libertad de información.

El proyecto que actualmente se tramita tiene por fin facilitar el cumplimiento del artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Según la Declaración Universal, el concepto de libertad religiosa abarca "la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

Se consignaron disposiciones análogas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948 en Bogotá por la novena Conferencia Internacional de Estados Americanos. La disposición del artículo 18 de la Declaración Universal se reproduce textualmente, para su aplicación práctica, en el artículo 9 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ha sido recogido también en el artículo 18 del proyecto de pacto de derechos civiles y políticos, elaborado por las Naciones Unidas.

Las Naciones Unidas han estado examinando los problemas

inherentes al ejercicio de la libertad religiosa durante varios años. Una breve ojeada retrospectiva situará el proyecto que actualmente se tramita en la perspectiva adecuada.

Estudios y trabajos preparatorios

1. La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías inició sus estudios sobre los problemas de la discriminación en 1956. Designó concretamente al Sr. Arcot Krishnaswami (India) como relator especial con el encargo de redactar un "Estudio sobre la discriminación en materia de libertad de religión y de prácticas religiosas". El estudio, basado en una extensa documentación que comprendía 86 monografías relativas a otros tantos países, fue presentado para su estudio definitivo y aprobado por la Subcomisión en 1960.

La intolerancia religiosa

El autor del estudio ha señalado que se reconoce cada vez más en el mundo la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Por un lado, se ha producido en ciertas regiones un cambio de actitud, más favorable ahora hacia los derechos de los agnósticos y de los ateos. Por otro, ha evolucionado también la actitud de algunas confesiones religiosas hacia otras confesiones. El relator especial ha puesto de relieve que esta evolución halagüeña infunde firme esperanza a los que creen llegado el momento de precisar los principios generales de la no discriminación enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Incumbe a la colectividad internacional la grave responsabilidad de adoptar las garantías debidas para prevenir un retroceso repentino por esta vía.

En las conclusiones derivadas de su estudio, el Sr. Krishnaswami ha procurado formular los principios positivos y constructivos que se han de aplicar para la eliminación de las discriminaciones opuestas a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. La Subcomisión, que los aceptó sustancialmente, introdujo algunas modificaciones a fin de enunciarlos con mayor claridad. Los principios propuestos han sido examinados y puntualizados por la Subcomisión y por la Comisión de Derechos Humanos en sus ulteriores periodos de sesiones (véase la sección 4 del presente artículo).

La Comisión de Derechos Humanos expresó unánimemente su reconocimiento al Sr. Krishnaswami por su estudio. A juicio de la Comisión, el relator especial había efectuado en estudio magistral, sobre bases solidísimas y de gran importancia intrínseca; era detallado, objetivo e imparcial. Además, no sólo era profundamente científico y documentado, sino que tenía también el mérito de ser

conciso y claro. La Comisión decidió imprimirlo y difundirlo ampliamente para que se utilizara en todo el mundo.¹

2. Las organizaciones no gubernamentales que se interesan por la eliminación de los prejuicios y las discriminaciones celebraron una conferencia del 22 al 26 de junio de 1959 en la Oficina Europea de las Naciones Unidas, en Ginebra. Entre las resoluciones aprobadas por esta Conferencia son merecedoras de especial mención las recomendaciones en favor de la intensificación del programa de la UNESCO para la eliminación de los prejuicios y las discriminaciones; el mejoramiento de los medios de investigación sobre las causas de los prejuicios y discriminaciones, así como de los procedimientos de eliminación, y la adopción de medidas suplementarias por las Naciones Unidas para luchar contra los prejuicios y las discriminaciones.

Al examinar la labor de la Conferencia, algunos miembros de la Comisión de Derechos Humanos señalaron la conveniencia de prestar una atención cuidadosa a las opiniones expresadas por las organizaciones no gubernamentales, que tienen a menudo la posibilidad de investigar determinados temas más a fondo que los órganos oficiales, y de exponer sus pareceres con mayor franqueza. Además, sus opiniones son útiles indicadores de la evolución de la opinión pública mundial.²

3. En su 16° periodo de sesiones, celebrado en Ginebra en marzo de 1960, la Comisión de Derechos Humanos examinó y aprobó una resolución sobre las "manifestaciones de antisemitismo y de otras formas de odio racial y nacional, así como de prejuicios religiosos y raciales de naturaleza análoga". Como relatamos en el *Boletín de la Comisión Internacional de Juristas*,³ todos los representantes reprobaron estas manifestaciones como una amenaza a la libertad de creencia religiosa y de expresión. Los delegados de los países comunistas denunciaron las manifestaciones de antisemitismo en la Alemania occidental como señal del resurgimiento del nazismo y de una política de agresión. Otras delegaciones deploraron las manifestaciones de antisemitismo ocurridas en muchos países, a un lado y a otro de la divisoria ideológica. Tras prolongado debate, la Comi-

¹ Comisión de Derechos Humanos, *Informe sobre el 16° periodo de sesiones*, 29 de febrero a 18 de marzo de 1960, Ginebra; E/3335, E/CN.4/804; párrs. 150 a 159 y párr. 161.

² Comisión de Derechos Humanos, *Informe sobre el 17° periodo de sesiones*, 1961; E/3456, E/CN.4/817; párrs. 140 a 142. Comisión de Derechos Humanos, *Informe sobre el 16° periodo de sesiones*, 1960; E/3335, E/CN.4/804; párrs. 175 a 200.

³ *Boletín* núm. 11, diciembre de 1960, págs. 56 y 60. Conviene hacer notar que la Comisión Internacional de Juristas, que es una entidad consultiva del Consejo Económico y Social, se hace representar por observadores en las reuniones de la Comisión de Derechos Humanos.

sión aprobó por unanimidad una resolución que condenaba enérgicamente las manifestaciones de antisemitismo, pero no contenía ninguna referencia concreta a ningún país. El problema ha sido examinado de nuevo por la Comisión, el Consejo Económico y Social y la Asamblea General en ulteriores periodos de sesiones.

4. La Asamblea General de las Naciones Unidas, intensamente preocupada por las manifestaciones de discriminación basada en prejuicios raciales y religiosos, aprobó el 7 de diciembre de 1962 una resolución en la que pedía a la Comisión de Derechos Humanos que preparase: a) un proyecto de declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa, y b) un proyecto de convención internacional sobre la misma materia.

En su 19º periodo de sesiones, celebrado en 1963 en Ginebra, la Comisión de Derechos Humanos examinó la resolución 8 (XV) de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. En esta resolución la Subcomisión expresaba la opinión de que el proyecto de principios por ella presentado y que estaba siendo estudiado entonces por la Comisión de Derechos Humanos contenía los elementos básicos de un proyecto de declaración y que, por consiguiente, la Comisión debía proceder con carácter prioritario a terminar su examen de este proyecto de principios (mencionado en la sección 1 del presente artículo.) La Comisión, no obstante las opiniones expresadas por la Subcomisión, le pidió que preparase y presentase un nuevo proyecto de declaración y se limitó a sostener un debate general sobre los problemas planteados.

En el debate general se puso de relieve que los redactores del proyecto de declaración habrían de tener presentes la discriminación y la intolerancia existentes en algunos países, sobre todo en lo que se refiere a la manifestación de la religión o las creencias en la enseñanza, las prácticas religiosas, el culto y la observancia. Por ejemplo, en ciertos lugares se ejerce discriminación contra grupos determinados a los que se niegan los medios necesarios para seguir o practicar sus ritos, o a los que no se autoriza a asociarse con otros grupos que comparten su fe en su país o en el extranjero. En ciertos casos se permiten campañas de prensa dirigidas contra grupos religiosos. En realidad la Comisión debiera examinar todos los derechos enunciados en la Declaración Universal en cuanto tengan relación con el proyecto de declaración sobre todas las formas de intolerancia religiosa.⁴

La Subcomisión presentó a la Comisión de Derechos Humanos, en su 20º periodo de sesiones, el proyecto de declaración pedido.⁵

⁴ Comisión de Derechos Humanos, *Informe sobre el 19º periodo de sesiones*, 11 de marzo a 5 de abril de 1963; E/3743, E/CN.4/857; párrs. 146 a 156.

⁵ Comisión de Derechos Humanos, *Informe sobre el 20º periodo de sesiones*, E/3873; párrs. 291 a 294.

Sin embargo, la Comisión no pudo examinarlo ni aprobar un proyecto de declaración por falta de tiempo, y transmitió los documentos correspondientes al Consejo Económico y Social. El Consejo, después de celebrar un debate en su 37º periodo de sesiones, remitió a la Asamblea General el problema no resuelto del proyecto de declaración y propuso a la Asamblea que adoptase una decisión en su decimonoveno periodo de sesiones para determinar el curso que había de seguirse en esta materia.⁶

En su borrascoso decimonoveno periodo de sesiones, la Asamblea General no pudo examinar tampoco la cuestión a causa de las diferencias de opinión surgidas con respecto a la financiación de las operaciones realizadas para mantener la paz.

El proyecto de declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa se ha enmarañado, pues, en el laberíntico procedimiento de las Naciones Unidas. Con la excepción de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, que se compone de expertos, ningún órgano de las Naciones Unidas le ha dedicado el tiempo y la energía necesarios para obtener resultados satisfactorios. Por fortuna, el proyecto de convención internacional sobre el mismo asunto ha sido tramitado de modo mucho más satisfactorio.

Elaboración de la convención

El proyecto de convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa fue elaborado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en su 17º periodo de sesiones, celebrado del 11 al 29 de enero de 1965 en Ginebra.⁷ La Subcomisión dedicó al tema veinte de las veintiseis sesiones plenarias y elaboró un proyecto integrado por un preámbulo y 13 artículos, así como un anteproyecto como expresión del parecer general de la Subcomisión sobre las medidas adicionales de ejecución.

La Subcomisión había recibido del secretario general de las Naciones Unidas una nota donde se recapitulaban las observaciones de fondo presentadas por los Estados Miembros sobre el proyecto de convención, el texto del artículo 18 del proyecto de pacto de derechos civiles y políticos aprobado por la Tercera Comisión de la Asamblea General, los párrafos aprobados por la Comisión de Derechos Humanos para su inclusión en el preámbulo del proyecto de principios rela-

⁶ *Informe del Consejo Económico y Social a la Asamblea General para el año 1963-1964*, documentos oficiales de la Asamblea General: decimonoveno periodo de sesiones, suplemento núm. 3 (A/5803), párrs. 435 a 440.

⁷ *Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías a la Comisión de Derechos Humanos sobre su 17º periodo de sesiones* (E/CN.4/882).

tivos a la no discriminación en materia de libertad de religión y prácticas religiosas, y un informe del grupo de trabajo nombrado por la Comisión de Derechos Humanos, en su 20° periodo de sesiones, para preparar un proyecto de declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa. Varias organizaciones no gubernamentales internacionales presentaron exposiciones, por escrito o verbalmente. El observador de Israel hizo también una declaración verbal.

Los Sres. Calvocoressi (Reino Unido), Abram (Estados Unidos de América) y Krishnaswami (India) presentaron tres proyectos a la Subcomisión. El Sr. Nassinovsky (Unión Soviética) presentó seis proyectos de artículo y el Sr. Inglés (Filipinas), dos.

Al preparar el proyecto de convención, la Subcomisión nombró, con carácter no oficial, un grupo de trabajo con el encargo de refundir los tres proyectos en su solo texto conjunto, que sirvió luego de base para ulteriores deliberaciones, en el curso de las cuales se elaboró y aprobó el texto definitivo.

En el debate general sostenido por la Subcomisión se puso de relieve que legislar para reprimir la intolerancia religiosa era más difícil que legislar para reprimir la discriminación racial, porque una convención internacional sobre la libertad de religión afectará los sentimientos más íntimos de los seres humanos. Las vejaciones y persecuciones religiosas e ideológicas por obra del Estado han sido, a lo largo de la historia, la causa de muchas y grandes tragedias de las que han sido autores, y a veces víctimas, los Estados, los particulares, los grupos y hasta las instituciones religiosas. En la actualidad el mundo está atravesando un periodo de agitación ideológica, caracterizado por polémicas y por una comprensión cada vez mayor entre las grandes religiones del mundo, así como por un nuevo y más intenso enfrentamiento entre el teísmo y el ateísmo con la participación activa de algunos Estados. Se ha observado también que en años recientes se ha producido una modificación benéfica de las actitudes sobre las cuestiones relacionadas con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en parte a causa del sentimiento de reprobación difundido por todo el mundo después de los estallidos de odio contra la religión hebrea y, en parte también, a causa de los debates sostenidos por diversos órganos de las Naciones Unidas que han contribuido a aclarar los problemas básicos y a poner de manifiesto la necesidad de adoptar medidas internacionales. Se reconoce que ninguna ley o convenio internacional podrá crear el estado ideal de cosas en el que cada uno tribute a todos los demás el respeto debido, porque solamente la conciencia individual puede servir de garantía al respecto. Sin embargo, la ley puede ser un reflejo de dicha conciencia y puede salir al paso de toda actividad estatal encaminada a limitar todas o algunas creencias religiosas, o bien a causar perjuicios por consideraciones religiosas o ideológicas. Podrá

crear un clima en que se reducirán a un mínimo los actos de los particulares contra la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y podrá determinar los criterios colectivos y servir de impulso moral idóneo para transformar las actitudes anteriores y suscitar otras nuevas.

En su forma actual, el *proyecto de convención* consta de tres partes: 1) el preámbulo y los cuatro primeros artículos aprobados por la Comisión de Derechos Humanos; 2) otros diez artículos aprobados por la Comisión y que la Comisión no pudo examinar, por falta de tiempo, en su 21° periodo de sesiones, y 3) los 17 artículos del anteproyecto, presentado por la Subcomisión, sobre las medidas adicionales de ejecución.

En las votaciones definitivas celebradas por la Subcomisión y por la Comisión de Derechos Humanos, las decisiones fueron adoptadas por unanimidad, o bien por gran mayoría y algunas abstenciones solamente.

En su 20° periodo de sesiones la Comisión de Derechos Humanos dedicó al proyecto de convención la mayor parte de sus trabajos (21 de las 36 sesiones plenarias celebradas). Aprobó el texto presentado por la Subcomisión para que sirviera como base de discusión. El examen del texto en sesión plenaria llevó mucho tiempo. Se presentaron muchas enmiendas, que fueron examinadas con detenimiento. Los debates y las votaciones sobre las enmiendas propuestas indicaron, no obstante, que la redacción presentada por la Subcomisión, o una redacción distinta que recogía el propósito primitivo, fueron las aprobadas en la mayoría de los casos.

Como el Sr. Krishnaswami había manifestado en las conclusiones del estudio antes citado, se reconoce en casi todo el mundo la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de creencia, pero, no obstante ser aceptada, esta libertad no ha sido plenamente reconocida en la práctica en todos los países o en el plano internacional. La convención propuesta tiene por fin lograr que esta libertad se reconozca universalmente y que el reconocimiento sea el más completo posible.

Las medidas de ejecución propuestas en el proyecto de convención se pueden clasificar, en lo que se refiere a los derechos sustantivos, en relación con los tres asuntos siguientes:

1. la libertad de profesar una religión o creencia y de cambiar de religión o creencia;
2. la libertad de manifestar una religión o creencia;
3. las limitaciones restrictivas de estos derechos.

Los procedimientos de reparación podrán ser de las dos clases siguientes:

1. recursos de derecho interno (recursos nacionales);

2. recursos de derecho internacional (instrumentos de protección internacional).

En el preámbulo se sitúa a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de creencia entre los derechos y las libertades fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios de no discriminación aprobados por la Organización Internacional del Trabajo en 1958 y por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en 1960, y se subraya que la religión o la creencia es, para quien la profesa, al principio fundamental de su concepción de la vida y que, por tanto, la libertad de practicarla debe ser integralmente respetada y garantizada.

En virtud de la Carta de las Naciones Unidas, todos los Estados Miembros se han comprometido a tomar medidas conjunta y separadamente, en cooperación con la Organización, para promover y estimular al respeto universal y efectivo a los derechos humanos. El proyecto de convención internacional sobre la libertad de religión se puede considerar como un paso más hacia el cumplimiento de este compromiso, evocado en el preámbulo del proyecto. Según el preámbulo, la finalidad de la convención es "adoptar todas las medidas necesarias para eliminar rápidamente la intolerancia religiosa en todas sus formas y para prevenir y combatir la discriminación por motivos de religión o creencia".

Tanto en el preámbulo como en el artículo V del proyecto se reconoce la extrema importancia de la enseñanza en orden a la creación de las condiciones necesarias para el disfrute sin trabas de la libertad de religión y de creencia, sin el cual las disposiciones jurídicas tal vez sigan siendo ineficaces. Después de haber subrayado así la función indispensable de la enseñanza, el proyecto de convención, como instrumento de derecho internacional, enuncia las disposiciones de derecho interno e internacional que se consideran necesarias para hacer efectiva la libertad de religión.

La libertad de profesar una religión o creencia y de cambiar de religión o creencia se enuncia en el apartado a) del artículo III, que garantiza "la libertad de adoptar o no adoptar una religión o creencia y de cambiar de religión o creencia según los dictados de su conciencia". Esta libertad, que es absoluta, no puede ser objeto de limitación alguna, ni siquiera de las limitaciones que se refieren a la libertad de manifestar la religión propia.

La libertad de manifestar la religión o creencia propias se garantiza en términos generales en el apartado b) del artículo III y en los apartados c) a h) relativos a aspectos concretos, es decir, a las principales manifestaciones de religión o de creencia efectuadas individualmente o en compañía de otros, entre ellas el culto, el mantenimiento de instituciones de beneficencia y de enseñanza, las

prácticas rituales y dietéticas, las peregrinaciones, la protección de los lugares de culto, las prácticas funerarias, la expresión, en la vida pública o en otros órdenes, de los preceptos de la religión o creencia profesadas, y la exención de toda coacción para prestar juramento de carácter religioso. Según el apartado g) del artículo III, la libertad de asociación religiosa consiste en la libertad de organizar y mantener asociaciones locales, regionales, nacionales e internacionales relacionadas con la religión o creencia, de participar en sus actividades, y de comunicarse con sus correligionarios o con quienes compartan sus convicciones.

Los derechos relacionados con la manifestación de la religión podrán ser objeto de un mínimo de limitaciones, impuestas por los Estados "para preservar la seguridad, el orden, la salud y la moral públicos o los derechos y las libertades individuales de todos o el bien común en una sociedad democrática" (artículo XII); esta disposición es idéntica a la consignada en el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el párrafo 3) del artículo 18 del proyecto de pacto de derechos civiles y políticos.

Las disposiciones sobre el derecho a manifestar la religión o creencias propias, consideradas en relación con la disposición sobre las limitaciones, tienen por fin garantizar esta libertad en la mayor medida posible. Toda limitación de esta libertad habrá de ser excepcional y tendrá que circunscribirse a los confines más estrechos posibles, habrá de ser estatuida por la ley con el exclusivo objeto de garantizar el reconocimiento y el respeto debidos de los derechos y las libertades de otros y habrá de estar en armonía con las justas exigencias de la moralidad, el orden público y el bien común de una sociedad democrática.⁸

Las vías jurídicas destinadas a garantizar la libertad de religión y de creencia son de dos clases: los recursos de derecho interno y los de derecho internacional.

En el ámbito del derecho interno los Estados que sean partes en la convención propuesta se comprometen "a implantar y aplicar una política encaminada a proteger la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia" (artículo II), "a adoptar medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o creencia, incluso a promulgar o derogar leyes, según proceda" (artículo VI), y a garantizar la igualdad ante la ley en el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y la protección de la ley contra toda discriminación por motivos de religión o creencia (artículo VII). Según lo dispuesto en el artículo XIII, los Estados tendrán que presentar al Consejo Económico y Social informes periódicos sobre las medidas legislativas y de otro

⁸ Arcot Krishnaswami, *op. cit.*, pág. 70.

orden que adopten en cumplimiento de las obligaciones antes expuestas.

En el artículo X del proyecto de convención se hace referencia a los procedimientos internos adecuados para reparar las violaciones de la libertad de religión, que comprenderán el recurso a las autoridades judiciales o administrativas competentes. Muchas veces se ha indicado ya a las Naciones Unidas que el reconocimiento de los derechos humanos es aleatorio a menos que estos derechos se puedan defender judicialmente, por ejemplo según las modalidades prescritas por la Constitución india o mediante los mandamientos especiales expedidos por los tribunales del sistema anglosajón.

Si en la tramitación de un asunto se agotan todas las vías internas de recurso existentes y si la libertad de religión sigue estando vulnerada, se propone en el anteproyecto relativo a las medidas adicionales de ejecución la institución de recursos de derecho internacional por conducto de un comité de buenos oficios y conciliación (artículos XIV a XXIX) o bien, como otra posibilidad, la sumisión de la controversia a la Corte Internacional de Justicia (artículo XXX). El derecho de petición reconocido por el artículo XXVI a los particulares que aleguen ser víctimas de una violación de la convención por un Estado parte, así como a las organizaciones no gubernamentales que sean entidades consultivas del Consejo Económico y Social, elevará la protección internacional de este derecho humano, la libertad de religión, hasta el nivel fijado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos podrá velar, hasta cierto punto, por la aplicación de la convención hasta que se instituya un sistema de ejecución eficaz. La Asamblea General tiene inscrita actualmente en su programa la propuesta en favor del nombramiento de un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos con autoridad y atribuciones análogas a las del Alto Comisionado para los refugiados.

Si consideramos el proyecto de convención en su conjunto, es obligado manifestar plena satisfacción por la labor de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías al prepararlo, así como por la de la Comisión de Derechos Humanos. Esperemos que, en el 22^o periodo de sesiones, la Comisión apruebe el articulado restante. Además, sería sobremanera conveniente que la Asamblea General aprobase, y un gran número de Estados firmase, la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa, como se la denomina hasta ahora, antes del Año Internacional de las Derechos Humanos (1968) o durante las manifestaciones previstas para entonces.⁹

⁹ E/CN.4/886, párrs. 93 a 99, y recomendación VI (párr. 99).

DOCUMENTOS RELEVANTES DE LAS NACIONES UNIDAS¹

A. RESOLUCIONES APROBADAS POR LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS Y EL CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL.

Comisión de Derechos Humanos, Resolución 1 (XXI), 7 de abril de 1965

Proyecto de convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa²

La Comisión de Derechos Humanos,

Tomando nota de la resolución 1781 (XVII) de la Asamblea General, en la que se pide, entre otras cosas, la preparación de un proyecto de convención sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa,

Tomando nota con satisfacción del anteproyecto de dicha convención preparado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías,

Habiendo aprobado en su 21° período de sesiones un preámbulo y cuatro artículos, pero habiéndole sido imposible, por falta de tiempo, terminar su labor relativa al proyecto de convención,

1. *Decide* dar prioridad absoluta en su 22° período de sesiones a la terminación de la preparación de un proyecto de convención sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa;
2. *Recomienda* al Consejo Económico y Social que apruebe el siguiente proyecto de resolución:

(El proyecto de resolución fue aprobado por ECOSOC el 28 de julio de 1965 en su 1392a sesión plenaria, 39a sesión).³

El Consejo Económico y Social, Resolución 1074 (XXXIX) B:

Habiendo tomado nota de la resolución 1 (XXI) de la Comisión de Derechos Humanos relativa al proyecto de convención sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa,

Señala dicha resolución a la atención de la Asamblea General.

B. TEXTO DE LAS DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE CONVENCION APROBADAS POR LA COMISION:

Preámbulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que uno de los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas es el de la dignidad e igualdad propias de todos los seres humanos, y que todos los Estados Miembros se han comprometido a tomar medidas conjunta y separadamente, en cooperación con la Organización, para promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión,

¹ Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales: 39° Período de Sesiones, Suplemento No 8, Comisión de Derechos Humanos, Informe sobre el 21° Período de Sesiones, 22 de marzo - 15 de abril de 1965, E/CN.4/891.

² E/CN.4/891, párrafo 326.

³ E/RES/1074 (XXXIX), 28 de julio de 1965.

Considerando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos se proclama el principio de la no discriminación y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de creencia,

Considerando que el desprecio y la violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en particular del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de creencia han infligido grandes sufrimientos a la humanidad,

Considerando que la religión o la creencia, para quien las profesa, constituyen el principio fundamental de su concepción de la vida y que, por tanto, la libertad de practicar una religión y de manifestar una creencia debe ser integralmente respetada y garantizada,

Considerando que es esencial que los gobiernos, las organizaciones y los particulares procuren fomentar, por la enseñanza y por otros medios, la comprensión, la tolerancia y el respeto en lo concerniente a la libertad de religión o de creencia,

Tomando nota con satisfacción de que han entrado en vigor convenciones referentes a la discriminación fundada, entre otros motivos, en la religión, tales como el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, aprobado en 1958 por la Organización Internacional del Trabajo, y la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada en 1960 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y la Convención de las Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobada en 1948,

Preocupados por las manifestaciones de intolerancia que aún se advierten en estas esferas en algunos lugares del mundo,

Decididos a adoptar todas las medidas necesarias para eliminar rápidamente dicha intolerancia en todas sus formas y manifestaciones y para prevenir y combatir la discriminación por motivos de religión o creencia,

Han convenido en lo siguiente:

Artículo I

A los efectos de la presente Convención:

a) La expresión "religión o creencia" comprende las convicciones teístas, no teístas y ateas;

b) Por "discriminación por motivos de religión o creencia" se entenderá toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en una religión o creencia, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, disfrute o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública;

c) Por "intolerancia religiosa" se entenderá la intolerancia en materia de religión o creencia;

d) No se considerará por sí misma como intolerancia religiosa ni discriminación por motivos de religión o creencia la adopción de una religión ni el reconocimiento de una religión o creencia por un Estado, ni la separación entre la Iglesia y el Estado, siempre y cuando este apartado no se interprete en el sentido de que permite la violación de disposiciones concretas de la presente Convención.

Artículo II

Los Estados Partes reconocen que la religión o la creencia corresponde al fuero interno de las personas y por lo tanto debe ser respetada. Condenan toda forma de intolerancia religiosa y toda discriminación por motivos de religión o creencia y se comprometen a implantar y aplicar una política encaminada a proteger la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia, a lograr la tolerancia religiosa y a eliminar toda discriminación por motivos de religión o creencia.

Artículo III

1. Los Estados Partes se comprometen a garantizar a todas las personas que estén dentro de su jurisdicción el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de creencia. Este derecho comprende:

a) La libertad de adoptar o no adoptar una religión o creencia y de cambiar de religión o creencia según los dictados de su conciencia sin ser objeto de ninguna de las limitaciones mencionadas en el artículo XII ni de coacción alguna que pueda menoscabar su libertad de elección o de decisión al respecto, en la inteligencia de que las disposiciones del presente apartado no se aplican a las manifestaciones de la religión o de la creencia;

b) La libertad de manifestar su religión o creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, sin ser objeto de medida alguna de discriminación por su religión o creencia;

c) La libertad de expresar su opinión sobre cuestiones relativas a una religión o creencia.

2. Los Estados Partes garantizarán, en especial, a todas las personas que estén dentro de su jurisdicción:

a) La libertad de practicar el culto, de celebrar reuniones relacionadas con la religión o la creencia y de fundar y mantener lugares de culto o de reunión con estos fines;

b) La libertad de enseñar, propagar y aprender su religión o su creencia, y sus lenguajes y tradiciones rituales, de escribir, imprimir y publicar libros y textos religiosos y de formar personal para que se consagre a las prácticas u observaciones de esta religión o creencia;

c) La libertad de practicar su religión o creencia estableciendo y manteniendo instituciones de beneficencia y de enseñanza, y exponiendo los preceptos de su religión o creencia en la vida pública;

d) La libertad de observar las prácticas rituales, dietéticas y de otra índole de su religión o creencia, y de producir o, en su caso, importar los objetos, alimentos y demás artículos y materiales que suelen utilizarse en las observancias y prácticas de esta religión o creencia;

e) La libertad de ir en peregrinación y de efectuar otros viajes relacionados con su religión o creencia, dentro o fuera del país;

f) El derecho a que la ley proteja sin distinción alguna los lugares de culto o de reunión, los ritos, ceremonias y actividades, y los lugares de prácticas funerarias relacionados con su religión o creencia;

g) La libertad de organizar y mantener asociaciones locales, regionales, nacionales e internacionales relacionadas con su religión o creencia, de participar en las actividades de éstas, y de comunicarse con sus correligionarios o con quienes compartan sus convicciones;

h) La exención de toda coacción para que presten juramento de carácter religioso.

Artículo ... (que se intercalará a continuación del artículo IV)

Los Estados Partes garantizarán a todos las personas la libertad de disfrutar de sus derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, y de ejercerlos, sin discriminación alguna por motivos de religión o creencia.

C. TEXTO DEL PROYECTO DE CONVENCIÓN Y DEMAS DISPOSICIONES PRESENTADAS A LA COMISIÓN EN RELACION CON EL PROYECTO.

Artículo IV

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho preferente de los padres y, en su caso, de los tutores legales, a elegir la religión o la creencia de sus hijos o pupilos.
2. En el caso de un niño privado de sus padres, habrán de tenerse debidamente en cuenta los deseos expresos o presuntos de éstos.
3. En el caso de un niño que haya alcanzado un grado suficiente de discernimiento habrán de tenerse en cuenta sus propios deseos.
4. En ambos casos, el interés superior del niño, determinado por las autoridades competentes, será el principio rector.

Artículo V

Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas eficaces e inmediatas por los procedimientos adecuados a las condiciones y prácticas nacionales, sobre todo en materia de enseñanza, educación e información, a fin de fomentar la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y entre los grupos religiosos, así como a propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y a combatir los prejuicios que originan la intolerancia religiosa entre personas, grupos e instituciones y la discriminación por motivos de religión o creencia.

Artículo VI

1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o creencia, incluso a promulgar o derogar leyes, según proceda, a fin de prohibir tal discriminación por parte de personas, grupos u organizaciones.
8. Los Estados Partes se comprometen en especial a no emprender política alguna y a no promulgar o mantener en vigor normas ni reglamentos que coarten o menoscaben la libertad de religión y de creencia o su libre y pleno ejercicio; y a no discriminar contra persona, grupo u organización alguna por el hecho de ser adepto de una religión o creencia, de practicarla o de adoptarla.

Artículo VII

Los Estados Partes se comprometen a garantizar a todas las personas, sin distinción alguna, la igualdad ante la ley en el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y a la protección de la ley, sin distinción alguna, contra toda discriminación por motivos de religión o creencia.

Artículo VIII

Los Estados Partes garantizarán la protección de la ley, sin distinción alguna, contra todo estímulo o incitación a la intolerancia religiosa o a la

discriminación por motivos de religión o creencia. Se considerará como delito punible con arreglo a la ley toda incitación al odio y todo acto de violencia contra cualquier religión o creencia, o contra sus adeptos, y se condenará toda propaganda dirigida a fomentarlos.

Artículo IX

1. Los Estados Partes se comprometen a no establecer distinción alguna entre las religiones o creencias y sus adeptos o instituciones, y a no concederles preferencia alguna en materia de subvenciones, exenciones tributarias o de ayuda para la conservación de edificios religiosos reconocidos como monumentos de valor histórico o artístico.

2. No se considerará como discriminatoria con arreglo a la presente Convención cualquier distinción o preferencia que en esta materia establezca la ley por razones de interés público.

Artículo X

Los Estados Partes se comprometen a facilitar los procedimientos de reparación adecuados, por conducto de sus autoridades judiciales o administrativas competentes, para todos los casos de violación de los derechos protegidos por la presente Convención.

Artículo XI

Ninguna de las disposiciones de la presente Convención se interpretará en el sentido de que autoriza a persona, grupo o institución alguna a emprender actividades encaminadas a menoscabar la seguridad o la soberanía nacionales, o las relaciones de amistad entre las naciones.

Artículo XII

Ninguna de las disposiciones de la presente Convención se interpretará en el sentido de que impide a un Estado Parte establecer, mediante leyes, las limitaciones que sean necesarias para preservar la seguridad, el orden, la salud y la moral públicos o los derechos y las libertades individuales de todos o el bien común en una sociedad democrática.

Artículo XIII

1. Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a presentar un informe sobre las medidas legislativas y de otro orden que adopten en cumplimiento de las disposiciones de la presente Convención,

a) En el término de un año contado desde la entrada en vigor de la Convención por el Estado de que se trate;

b) Cada dos años a partir de esa fecha y siempre que lo requiera el Consejo Económico y Social, por recomendación de la Comisión de Derechos Humanos, previa consulta con los Estados Partes.

2. Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas para que los examine el Consejo Económico y Social, el cual podrá remitirlos a la Comisión de Derechos Humanos o a un organismo especializado, a título de información y para que los estudie y, de ser necesario, formule recomendaciones generales.

3. Los Estados Partes directamente interesados podrán presentar al Consejo Económico y Social sus observaciones sobre las recomendaciones generales que se hagan de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo.

D. TEXTO DEL "ANTEPROYECTO, COMO EXPRESION DEL PARECER GENERAL DE LA SUBCOMISION SOBRE LAS MEDIDAS ADICIONALES DE EJECUCION QUE CONTRIBUIRAN A HACER MAS EFICAZ EL PROYECTO DE CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA RELIGIOSA."⁴

Artículo XIV

Se establecerá, con los auspicios de las Naciones Unidas, un Comité de buenos oficios y conciliación (al que en adelante se denominará "el Comité") que se encargará de procurar la solución amistosa de las controversias que puedan surgir entre los Estados Partes respecto de la interpretación, aplicación o cumplimiento de la presente Convención.

Artículo XV

1. El Comité se compondrá de once miembros que deberán ser personas de gran prestigio moral y reconocida imparcialidad.

2. Los miembros del Comité serán elegidos a título personal, por el Consejo Económico y Social, a propuesta del Secretario General de las Naciones Unidas, debiendo tenerse debidamente en cuenta para la composición del Comité una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos.

3. No podrá haber en el Comité más de un nacional de un mismo Estado.

Artículo XVI

El mandato de los miembros del Comité será de cinco años, y podrán ser reelegidos si se presenta su candidatura. El mandato de seis de los miembros elegidos en la primera elección será de dos años; inmediatamente después de la primera elección, el Presidente del Consejo Económico y Social determinará por sorteo los nombres de estos seis miembros.

Artículo XVII

Cuando elija a los miembros del Comité, el Consejo Económico y Social designará también, a propuesta del Secretario General de las Naciones Unidas, un suplente por cada uno de los miembros electos. El miembro suplente no tiene que ser necesariamente de la misma nacionalidad que el titular, pero ambos han de proceder de la misma zona o región geográfica.

Artículo XVIII

1. Si falleciere o demitiere un miembro del Comité, el Presidente lo comunicará inmediatamente al Secretario General de las Naciones Unidas, quien declarará vacante el puesto desde la fecha del fallecimiento o desde la fecha en que la dimisión se hará efectiva.

⁴ Bien que algunos expertos de la Subcomisión hayan formulado objeciones a dicho texto.

2. Si, según la opinión unánime de los demás miembros, un miembro del Comité ha dejado de desempeñar sus funciones por causa diferente de una ausencia temporal, o no puede continuar desempeñando sus funciones, el Presidente del Comité lo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, quien seguidamente declarará vacante el puesto de dicho miembro.

3. En los casos a los que se refieren los párrafos 1 y 2 del presente artículo, el Secretario General de las Naciones Unidas pondrá inmediatamente en funciones al respectivo suplente como miembro del Comité por lo que reste del mandato e informará a cada uno de los Estados Partes en la presente convención.

Artículo XIX

Los miembros del Comité percibirán viáticos y dietas durante los períodos en que se dediquen a las labores del Comité, con cargo a los fondos de las Naciones Unidas y en las condiciones que determine la Asamblea General.

Artículo XX

1. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará al Comité para su primera reunión en la Sede de las Naciones Unidas. Las reuniones siguientes podrán celebrarse en la Sede o en la Oficina Europea de las Naciones Unidas, según lo decida el Comité.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas facilitará al Comité los servicios de secretaría.

Artículo XXI

1. El Comité elegirá Presidente y Vicepresidente por un período de dos años. Ambos podrán ser reelegidos.

2. El Comité establecerá su propio reglamento. Antes de aprobar el reglamento, enviará el proyecto a los Estados que a la sazón sean Partes en la Convención, los cuales podrán comunicar las observaciones y sugerencias que estimen convenientes en un plazo de tres meses.

3. El Comité revisará su reglamento si alguno de los Estados Partes en la Convención lo solicita en cualquier momento.

Artículo XXII

1. Si un Estado Parte en la presente Convención considera que otro Estado Parte no cumple alguna de las disposiciones, podrá señalar el asunto por escrito a la atención de dicho Estado. En un plazo de tres meses, contado desde la fecha en que llegue a su poder la comunicación, el Estado que la reciba proporcionará al Estado reclamante una explicación o una declaración por escrito sobre el asunto, en la que, hasta donde sea posible y pertinente, deberá hacerse referencia a los procedimientos y soluciones adoptados, que estén pendientes o que puedan utilizarse en ese caso.

2. Si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambas partes, mediante negociación entre ellas o por algún otro procedimiento adecuado, dentro de los seis meses siguientes al recibo por el Estado destinatario de la comunicación inicial, cualquiera de los dos Estados podrán presentar el asunto al Comité mediante comunicación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas y al otro Estado.

Artículo XXIII

El Comité sólo conocerá de un asunto que se le presente de conformidad con el artículo XXII cuando haya comprobado que se han interpuesto y agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos.

Artículo XXIV

En todo asunto que se le presente, el Comité podrá pedir a los Estados interesados toda la información que estime pertinente.

Artículo XXV

1. De conformidad con las disposiciones del artículo XXIII, el Comité, una vez que haya obtenido toda la información que estime necesaria, investigará los hechos y ofrecerá sus buenos oficios a los Estados interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto a la Convención.

2. El Comité, en cada caso, y a más tardar dentro de los dieciocho meses siguientes a la fecha de recibo de la comunicación mencionada en el párrafo 2 del artículo XXII por el Secretario General de las Naciones Unidas, preparará, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo, un informe que será transmitido a los Estados interesados y comunicado después para su publicación al Secretario General de las Naciones Unidas. Cuando se pida una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo XXVII, el plazo se ampliará en consecuencia.

3. Si se llegare a una solución, con arreglo a las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo, el informe del Comité se reducirá a una breve exposición de los hechos y de la solución a que se hubiere llegado. De no llegarse a una solución, el Comité redactará un informe en el que se expondrán los hechos y las recomendaciones formuladas por él para una conciliación. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros del Comité, cualquiera de éstos podrá agregar a dicho informe una opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones escritas u orales que hagan las partes.

Artículo XXVI

1. El Comité podrá recibir las reclamaciones que dirigieren al Secretario General personas o grupos de personas que alegaren ser víctimas de violaciones de la presente Convención por un Estado Parte; u organizaciones no gubernamentales, reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social, que alegaren que un Estado Parte no da cumplimiento a la presente Convención, siempre que el Estado Parte contra quien se hiciera la reclamación hubiere declarado que reconocía la competencia del Comité para recibir reclamaciones.

2. La declaración a que se refiere el párrafo anterior, por la que un Estado Parte reconoce la competencia del Comité, podrá hacerse en términos generales, o en relación con un asunto determinado o por un período determinado, y se depositará en los archivos del Secretario General, quien comunicará copias de ella a los demás Estados Partes.

3. Cuando conociere de las reclamaciones que se presentaren al amparo del presente artículo, el Comité se atenderá en lo posible a los principios y procedimientos enunciados en los artículos XXIII, XXIV y XXV de la presente Convención.

Artículo XXVII

El Comité podrá recomendar al Consejo Económico y Social que solicite la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre toda cuestión jurídica relacionada con un asunto que el Comité examine.

Artículo XXVIII

El Comité presentará al Consejo Económico y Social, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe anual sobre sus actividades.

Artículo XXIX

Los Estados Partes en la presente Convención convienen en que, si no se llegare a una solución de conformidad con lo previsto en el párrafo 1 del artículo XXV, todo Estado Parte que hubiere formulado una reclamación o que hubiere sido objeto de ella podrá someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, una vez que se hubiere redactado el informe a que se refiere el párrafo 3 del artículo XXV.

Artículo XXX

Las estipulaciones de la presente Convención no serán óbice para que los Estados Partes en ella sometan a la Corte Internacional de Justicia cualquier controversia que surgiere respecto a la interpretación o aplicación de la Convención en una materia que fuere de la competencia del Comité, ni para que acudan a otros procedimientos para solventar la controversia de conformidad con los acuerdos internacionales generales o especiales que estén en vigor entre ellos.

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA BASADA EN EL IMPERIO DEL DERECHO

DECISIONES JUDICIALES DE DIVERSOS PAISES

compiladas y anotadas por

LUCIAN G. WEERAMANTRY *

Nota de la redacción: La Revista de la Comisión Internacional de Juristas se enriquece, a partir del presente número, con un repertorio de jurisprudencia que será en lo sucesivo una sección regular. Invitamos a los lectores a que nos comuniquen el texto de las decisiones judiciales más importantes que se adopten en sus países en torno al concepto del imperio del derecho. Su concurso, agradecido de antemano, contribuirá a dar mayor interés a la presente sección.

* 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

CIUDADANÍA

Derechos de los ciudadanos que han adquirido la nacionalidad por naturalización

Schneider v. Rusk, Secretary of State
(Corte Suprema de los Estados) 348

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

Garantía constitucional de los derechos fundamentales

The State (Quinn) v. Ryan and Others
(Corte Suprema de Irlanda) 349

Igualdad de oportunidades

Abdul Latif v. State of Bihar and Others
(Tribunal de Apelación de Patna, India) 351

Libertad de reunión

Cox v. Louisiana
(Corte Suprema de los Estados Unidos) 352

Libertad de expresión

Cox v. Louisiana
(Corte Suprema de los Estados Unidos) 354
Freedman v. Maryland
(Corte Suprema de los Estados Unidos) 354
Sentencia dictada por la Sala Primera
(Tribunal Constitucional de la República Federal
de Alemania) 355

Libertad de circulación

Aseerwatham v. Permanent Secretary, Ministry of
Defence and External Affairs and Others
(Corte Suprema de Ceilán) 358
Gooneratne v. Permanent Secretary, Ministry of
Defence and External Affairs and Another
(Corte Suprema de Ceilán) 359

Protección de los derechos fundamentales durante el estado de excepción

Los Reglamentos indios de defensa nacional
(Corte Suprema de la India) 360

Derechos de un empleado

- Municipio de Petach Tiqva v. Avraham Friedman*
(Corte Suprema de Israel) 360

El derecho a recibir información

- Lamont Basic Pamphlets v. Postmaster General*
(Corte Suprema de los Estados Unidos) 361

El derecho de propiedad

- Joseph Baruch v. el director de Aduanas*
(Corte Suprema de Israel) 362
- Province of Bulacan v. San Diego et Al.*
(Corte Suprema de las Filipinas) 363
- El asunto del Consejo Municipal de Valjevo*
(Tribunal Constitucional de Yugoslavia) 364

PODER JUDICIAL**La independencia del poder judicial**

- Attorney-General v. Liyanage and Others*
(Corte Suprema de Ceilán) 365

El derecho de un juez a ejercer funciones judiciales

- Sentencia pronunciada por la Sala Segunda el 25 de febrero de 1964*
(Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania) 367

Atribuciones de un tribunal para declarar admisible una demanda presentada para impugnar la legalidad de una condena por desacato al Parlamento dictada por una asamblea legislativa

- Legislative Assembly of Uttar Pradesh v. Allahabad High Court*
(Corte Suprema de la India) 369

Competencia de un tribunal en caso de ejercicio del privilegio de la Corona

- Corbett v. Social Security Commissioner and Another*
(Tribunal de Apelación de Nueva Zelandia) 372

Cuándo pueden los tribunales aplicar una ley inglesa que no ha sido incorporada expresamente al derecho sudanés

- Heirs of Imam Ibrahim v. El Amin Abdel Rahman*
(Tribunal de Apelación del Sudán) 373

LEGISLACIÓN

Ley retroactiva y discriminatoria

Attorney-General v. Liyanage and Others
 (Corte Suprema de Ceilán) 374

La facultad de expedir mandamientos judiciales: su alcance en la India

Apelación en lo civil núm. 62 de 1964
 (Corte Suprema de la India) 376

PROCEDIMIENTO

Derecho a negarse a realizar cualquier acto de auto-acusación

Mallory v. Hogan
 (Corte Suprema de los Estados Unidos) 378

Griffin v. California
 (Corte Suprema de los Estados Unidos) 378

Admisibilidad de las confesiones

Jackson v. Denno
 (Corte Suprema de los Estados Unidos) 379

El derecho a un defensor: los testimonios de cargo hechos en su ausencia

Massiah v. United States
 (Corte Suprema de los Estados Unidos) 380

Derecho a ser juzgado públicamente y conforme a derecho

Andreas Hjisavva and Another (Appellants) v. Anna Georghiou Hjisavva (Respondent)
 (Corte Suprema de Chipre) 381

Derecho a ser oído

Comeda v. Cajilog
 (Corte Suprema de las Filipinas) 382

Derecho a la prueba por careo

Pointer v. Texas
 (Corte Suprema de los Estados Unidos) 383

Douglas v. Alabama
 (Corte Suprema de los Estados Unidos) 384

* * *

Corte Suprema de los Estados Unidos

DERECHOS DE LOS CIUDADANOS QUE HAN ADQUIRIDO
LA NACIONALIDAD POR NATURALIZACIÓN

SCHNEIDER v. RUSK, SECRETARY OF STATE

(377 U.S. 163)

Carácter discriminatorio del art. 352, aptdo. a), párr. 1), de la Ley de 1952 sobre la inmigración y la nacionalidad, según el cual los ciudadanos que han adquirido la nacionalidad norteamericana por naturalización pierden esta nacionalidad si residen durante tres años sin interrupción en su país de origen. Esta disposición viola el derecho al debido procedimiento jurídico, garantizado por la Quinta Enmienda de la Constitución es inadmisibles que se trate a los ciudadanos naturalizados como si pertenecieran a una categoría inferior a la de los ciudadanos por nacimiento.

La demandante, nacida en Alemania, llegó a los Estados Unidos, junto con sus padres, cuando era menor de edad. Adquirió la nacionalidad norteamericana por filiación cuando sus padres obtuvieron su naturalización. Más tarde, contrajo matrimonio con un nacional alemán y con excepción de dos viajes a los Estados Unidos, ha vivido en Alemania desde hace ocho años.

Según el art. 352, aptdo. a), párr. 1, de la Ley de 1952 sobre la inmigración y la nacionalidad, el ciudadano que haya adquirido la nacionalidad norteamericana por naturalización pierde esta nacionalidad si reside durante tres años sin interrupción en su país de origen. Invocando esta disposición, el Departamento de Estado se negó a expedir un pasaporte a la demandante, por considerar que había perdido la ciudadanía norteamericana. La Corte ha fallado que el art. 352, aptdo. a), párr. 1, tenía carácter discriminatorio y que, por consiguiente, violaba el derecho al debido procedimiento jurídico, garantizado por la Quinta Enmienda de la Constitución, habida cuenta de que los ciudadanos por nacimiento no están sujetos a ninguna restricción en lo que se refiere a su residencia en el extranjero.

La Corte expuso las consideraciones siguientes: "Esta Ley se basa en la hipótesis inaceptable de que los ciudadanos por naturalización considerados en su conjunto merecen menor confianza que los ciudadanos por nacimiento y de que su lealtad es menos firme. Esta es una hipótesis que la Corte no puede aceptar. Además, si bien es cierto que la Quinta Enmienda no contiene ninguna disposición que garantice la igualdad de protección ante la ley, prohíbe en cambio toda discriminación "injustificable en cuanto viole el derecho al debido procedimiento jurídico". . . Un ciudadano por nacimiento puede libremente residir en el extranjero tanto tiempo como le plazca, sin exponerse por este hecho a la pérdida de su nacionalidad. La medida discriminatoria relativa a los ciudadanos por naturalización impone una limitación rigurosa a su derecho a vivir y a trabajar en el extranjero, sin establecer lo mismo con respecto a los demás ciudadanos. En realidad, crea ciudadanos de segunda clase. El

hecho de residir en el extranjero, tanto en el caso del ciudadano naturalizado como en el del ciudadano por nacimiento, no manifiesta en modo alguno falta de lealtad y no se puede interpretar en absoluto como renuncia voluntaria a la nacionalidad y a la adhesión a la Patria. Puede deberse, en efecto, a motivos perfectamente legítimos de orden familiar o profesional o de otro carácter.”

Corte Suprema de Irlanda

GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

THE STATE (QUINN) v. RYAN AND OTHERS

(118/1963)

No se puede pasar por alto un derecho fundamental garantizado por la Constitución. Será irrita y nula la ley que permita la violación de estos derechos. Los tribunales son los guardianes de los derechos fundamentales.

Ante la Corte en Pleno:

Sentencia pronunciada por los Sres. O'Daly (presidente), Lavery, Kingsmill, Moore y Walsh (magistrados), con la opinión disidente del magistrado Haugh.

Fecha de la sentencia: 4 de diciembre de 1964.

En este asunto la Corte Suprema se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 29 de la Ley de 1851 sobre la administración de justicia por los tribunales irlandeses inferiores (*Petty Sessions (Ireland) Act, 1851*); dicho artículo autorizaba la ejecución en Irlanda de una orden de detención expedida en Inglaterra para decretar la detención y la transferencia inmediata a Inglaterra de la persona mencionada en la orden. El llamado Quinn, ciudadano irlandés, había sido detenido en aplicación de una orden inválida y liberado luego por orden del Tribunal de Apelación; detenido de nuevo inmediatamente después en aplicación de otra orden, fue transferido acto seguido por automóvil al territorio de Irlanda del Norte. Sus abogados, que tenían cita con él dentro del recinto judicial, no pudieron hallarle ni obtener de la policía informaciones satisfactorias sobre su paradero. En consecuencia, solicitaron al Tribunal de Apelación que expidiera un mandamiento de *habeas corpus*. Habiendo aceptado el Tribunal de Apelación los argumentos de los demandados que se oponían a la expedición de dicho mandamiento, el demandante interpuso recurso ante la Corte Suprema.

La Corte Suprema consideró que la policía, tanto la irlandesa como la británica, había preparado un plan con objeto de situar al demandante fuera del territorio sometido a la jurisdicción de los tribunales irlandeses inmediatamente después de su detención por obra de una nueva orden, y lograr este resultado con bastante rapidez para que le fuera absolutamente imposible impugnar la legalidad de la orden de detención. Quedó establecido, por otra

parte, que el procurador del demandante no había podido obtener informaciones (y que, sobre un punto concreto, había recibido información falsa) sobre el posible paradero de su cliente mientras se hallaba todavía en el territorio sometido a la jurisdicción de los tribunales irlandeses, y que la policía había mantenido con insistencia su negativa a informarle hasta que el demandante hubo salido del territorio de Irlanda del Norte. . . En realidad, el propósito de la policía consistía sencillamente en hacer imposible toda intervención de los tribunales y restar eficacia al imperio de la ley como norma rectora de los poderes públicos.

La Corte consideró que el artículo 29 tenía precisamente por objeto hacer posible la remoción inmediata de un individuo sin darle la menor posibilidad de recurso a los tribunales. Ahora bien, esta disposición, contenida en una ley aprobada por el Parlamento británico cuando Irlanda todavía formaba parte integrante de la Gran Bretaña, que era anterior a la Constitución de 1937, era incompatible con lo dispuesto en el Artículo 40 de la Constitución y era, por consiguiente, inválida. Como declaró el presidente O'Daly, "afirmar, y así lo hacen los defensores de la policía, que es lícito aprehender a un ciudadano y situarle inmediatamente fuera del territorio sometido a la jurisdicción de nuestros tribunales sin darle siquiera la oportunidad de determinar cuáles son sus derechos, es una vulneración del derecho y una denegación de la justicia. . ."

"La Constitución, que garantiza los derechos fundamentales de los ciudadanos, no tiene por fin permitir que se pisoteen estos derechos o que sea posible pasarlos por alto. Al contrario, tiene por fin facilitar el disfrute efectivo de estos derechos y confiar su custodia a los tribunales."

De acuerdo con el presidente, el magistrado Walsh manifestó lo siguiente: "Es del todo evidente que se debe reconocer el derecho a dirigirse al Tribunal de Apelación o a cualquiera de sus magistrados a toda persona que quiera impugnar la legalidad de su detención. Se sigue necesariamente que toda ley que haga posible pasar por alto este derecho es por fuerza nula habida cuenta de dicha disposición de la Constitución. . . Para ser compatible con la Constitución, toda ley que autorice la transferencia de un detenido al exterior del territorio sometido a la jurisdicción del tribunal ha de permitir que los detenidos permanezcan o sean mantenidos presos en el territorio sometido a la jurisdicción de los tribunales durante el tiempo que razonablemente necesite para conocer sus derechos y, llegado el caso, para ejercer el derecho, que la Constitución le reconoce, de dirigirse al Tribunal de Apelación a fin de impugnar la legalidad de su detención".

La Corte ha ordenado que se comunique a los cuatro agentes de policía declarados responsables de la detención de Quinn y de su transferencia al exterior del territorio sometido a su jurisdicción, que habrán de demostrar que no son culpables del delito de desacato a la justicia al haber privado al demandante del derecho fundamental, que la Constitución le reconoce, de impugnar judicialmente la legalidad de su detención.

En una audiencia ulterior la Corte Suprema decidió que los demandados tenían el propósito de trasladar inmediatamente al demandante fuera del territorio sometido a su jurisdicción con objeto de evitar nuevas demoras, y que "los actos de los demandados aquí presentes habían tenido por resultado atentar a la competencia y jurisdicción atribuidas a los tribunales por la Constitución, porque el derecho de dirigirse a estos tribunales, cuyo ejercicio

se había reconocido a Philip Anthony Quinn, había sufrido menoscabo y no había podido producir, en definitiva, sus efectos". Por lo tanto, la Corte declaró a los demandados culpables de desacato a la justicia, pero no les impuso sanción después de haber aceptado sus excusas.

Tribunal de Apelación de Patna, India

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

ABDUL LATIFF v. STATE OF BIHAR AND OTHERS

(A.I.R. 1964, Patna, 393)

La igualdad de oportunidades garantizada por el Artículo 16 de la Constitución india se aplica a todas las personas al servicio del Estado. Esta garantía, que no queda agotada después del nombramiento inicial, se aplica a los ascensos a cargos cubiertos por designación. Dentro de un servicio, ninguna categoría de funcionarios puede beneficiarse de un régimen especial de favor.

El Artículo 16 de la Constitución india, en sus párrafos 1 y 2, dispone lo siguiente:

- 1) Todos los ciudadanos tienen derecho, en igualdad de oportunidades, a desempeñar cualquier empleo o a ser nombrados para una función al servicio del Estado.
- 2) Ningún ciudadano puede ser excluido de un empleo o cargo al servicio del Estado ni puede ser objeto de discriminación con motivo de su nombramiento para desempeñar este empleo o cargo, por motivos basados en consideraciones de raza, casta, sexo, ascendencia, lugar de nacimiento o de residencia o por cualquier motivo.

El Tribunal de Apelación ha considerado que el principio de la igualdad de oportunidades, garantizado por el párrafo 1 del Artículo 16 de la Constitución, se basa en el hecho de que la Constitución reconoce a todas las personas al servicio del Estado que posean títulos idénticos completa igualdad de oportunidades, no sólo en lo que se refiere a su nombramiento inicial, sino también al ascenso y demás condiciones de servicio. La garantía enunciada en el Artículo 16 no queda agotada después del nombramiento inicial para un puesto concreto del servicio público y ha de abarcar los ascensos a los cargos cubiertos por designación. En otras palabras, si el progreso de los funcionarios de un mismo servicio es entorpecido o frenado por una norma considerada como injusta o no razonable en la medida en que concede ventajas especiales a una categoría determinada de otro servicio, el Tribunal de Apelación, en aplicación del Artículo 16, podrá justificadamente examinar esta norma y apreciar su validez.

El Tribunal de Apelación ha considerado que estas normas pueden ser derogadas, sea cual fuere su autor, si tienen carácter discriminatorio de conformidad con el Artículo 16.

Corte Suprema de los Estados Unidos

LIBERTAD DE REUNIÓN

COX v. LOUISIANA

(379 U.S. 536)

La posibilidad de discutir libremente sobre asuntos políticos ha de ser mantenida como elemento fundamental de la democracia constitucional: permitir la imposición de sanciones por "perturbación del orden público" cuando los sancionados se han limitado a expresar opiniones no populares, y dar a estas expresiones una definición tan extensa como imprecisa, es obrar en menoscabo de la Constitución y atentar contra la libertad de palabra y de reunión. Es manifiestamente anti-constitucional permitir que un funcionario público se ampare en una ley que le confiere amplias facultades discrecionales en materia de licencias para dedicarse a prácticas discriminatorias injustas para ciertos ciudadanos o para ciertas categorías de ciudadanos.

El demandante era el jefe de una manifestación en pro de los derechos cívicos que tuvo lugar en Bâton Rouge, Luisiana. La manifestación consistió en una marcha, desarrollada ordenadamente, hasta el Palacio de Justicia, donde estaban detenidos otros manifestantes. Llegados a dicho lugar, los manifestantes se congregaron en la acera delante del Palacio de Justicia y cantaron diversas canciones. Luego, el demandante pronunció una alocución para exhortarles a ocupar pacíficamente las cafeterías situadas en el barrio comercial. En este momento el sheriff ordenó a los manifestantes que se dispersaran e hizo efectivo el cumplimiento de esta orden con el lanzamiento de gases lacrimógenos. El demandante ha sido condenado por haber perturbado el orden público y haber entorpecido la circulación. El Tribunal Supremo de Luisiana tenía que resolver dos cuestiones.

1. Según su interpretación, la expresión "perturbar el orden público", utilizada en la Ley en virtud de la cual se había condenado al demandante, quería decir "provocar agitación, desasosegar, molestar, interrumpir, entorpecer, inquietar". La Corte ha considerado que esta definición era tan imprecisa que constituía de hecho una violación inconstitucional de la libertad de palabra y de reunión, reconocida al demandante. Esta definición permitiría castigar a personas que se limitasen a expresar pacíficamente opiniones no populares. . . "Procede anular la condena dictada en virtud de esta Ley. En efecto, el carácter inconstitucional de esta Ley es manifiesto porque abarca en su inmenso ámbito de aplicación actos que la Constitución protege, a saber, la libertad de palabra y de reunión. La posibilidad de discutir libremente sobre asuntos

políticos ha de ser mantenida como elemento fundamental de nuestra democracia constitucional”.

2. En teoría, la ley de Luisiana que castiga el entorpecimiento de la circulación prohíbe todas reuniones y cortejos en la vía pública; sin embargo, algunas reuniones y cortejos son autorizados en la práctica, aunque tengan por consecuencia entorpecer la circulación, siempre que hayan sido autorizados de antemano. La Corte se pronunció en los términos siguientes: “Los diversos elementos de apreciación de que disponemos revelan que las autoridades de Bâton Rouge autorizan o prohíben los cortejos o las reuniones en la vía pública teniendo en cuenta criterios totalmente discrecionales.” La Corte se pronunció en los siguientes términos: “Está manifiestamente en pugna con la Constitución permitir que un funcionario público decida cuáles son las opiniones cuya expresión se autoriza o prohíbe, o bien tenga derecho a aplicar medidas discriminatorias perjudiciales para ciertas personas o para ciertas categorías de personas, de conformidad con una ley que le confiere amplias facultades discrecionales en materia de licencia, o bien, como ocurre en el caso presente, tenga derecho a ejercer facultades análogas mediante la aplicación selectiva de una ley de prohibición concebida en términos extremadamente amplios”.

La Corte Suprema ha definido en los términos siguientes las medidas de restricción aceptables:

No hay duda de que la libertad de reunión y de palabra tiene carácter fundamental en nuestra sociedad democrática. Sin embargo, no autorizan a cualquiera que sustente opiniones o creencias a que las exprese, por medio de la palabra, en cualquier lugar público y en cualquier momento. La garantía constitucional de esta libertad se basa en la existencia de una sociedad organizada y capaz de mantener el orden público, sin el cual la libertad se extraviaría en los excesos de la anarquía. La facultad de reglamentar la circulación por la vía pública es un excelente ejemplo de la responsabilidad que incumbe al Estado en cuanto a la garantía de este orden indispensable. Una reglamentación restrictiva en esta esfera, destinada a aumentar la comodidad del público para el bien común con exclusión de toda posibilidad de aplicación discriminatoria abusiva, ha de ser respetada, inclusive si tiende a entorpecer el ejercicio de un derecho cívico que tendría derecho a ser protegido en otras circunstancias. . . Desde luego, nadie pone en duda que los que tienen a su cargo los asuntos públicos tienen derecho a ejercer sus facultades discrecionales para determinar la hora, el lugar y la duración de las reuniones públicas y para delimitar el empleo que se hará de la vía pública, siempre que lo hagan con un criterio acertado, sin rigor excesivo y con arreglo a leyes o decretos incontrovertibles. Es necesario además que estas facultades discrecionales limitadas “se ejerzan según criterios uniformes basados en los elementos prácticos propios de cada petición, desechando todas las consideraciones infundadas o impertinentes, . . . negándose a toda discriminación injustificada y teniendo exclusivamente presente la necesidad de reservar al público, en armonía con criterios constantes y equitativos, el disfrute más amplio posible de la vía pública”.

Las dos condenas fueron anuladas por constituir una violación del derecho del demandante a la libertad de palabra y de reunión.

Corte Suprema de los Estados Unidos

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

COX v. LOUISIANA

(Véase el asunto precedente)

Corte Suprema de los Estados Unidos

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

FREEDMAN v. MARYLAND

(380 U.S. 51)

No siempre es inconstitucional prescribir que las películas cinematográficas se han de someter a la apreciación de una comisión de censura antes de su proyección. Hay, sin embargo, razones poderosas para poner en duda, en relación con la Constitución, la validez de las restricciones previas de la libertad de expresión. La falta de garantías apropiadas contra los entorpecimientos injustificados de la libertad de expresión puede conferir a la obligación legal de someter las películas a la censura previa el carácter de restricción previa jurídicamente inadmisibles.

En virtud de una ley vigente en el Estado de Maryland, las películas cinematográficas han de obtener la aprobación previa de una comisión estatal de censura. La Corte había recibido un recurso contra una decisión adversa a la proyección de una película; el procedimiento se desarrollaba manifiestamente con una lentitud extrema y la ley prohibía la proyección de la película, cuya aprobación hubiese sido denegada, mientras durasen los trámites.

La Corte consideró que, si bien la obligación de someter una película a una comisión de censura antes de su proyección no era siempre incompatible con la Constitución, había, sin embargo, razones poderosas para poner en duda, en relación con la Constitución, la validez de las restricciones previas de la libertad de expresión; la falta, en el procedimiento de Maryland, de garantías apropiadas contra los entorpecimientos injustificados de la libertad de expresión protegida por la Constitución ha dado a la obligación legal de someter las películas al examen previo de la censura el carácter de restricción previa jurídicamente inadmisibles.

Manifestó la Corte: "Aplicando al caso su jurisprudencia constante, la Corte Suprema considera que, salvo si se trata de una acción penal, la obligación de someter una película a un órgano de censura antes de su proyección solamente estará a salvo del vicio de inconstitucionalidad si concurren en ella garantías procesales que permitan salir al paso de los peligros inherentes a todo régimen de censura. En primer lugar, corresponde al censor probar que

la cinematografía es un medio de expresión que no está protegido por la Constitución. . . En segundo lugar, si bien es cierto que el Estado tiene derecho a exigir que todas las películas sean sometidas a su apreciación antes de su proyección, a fin de estar en condiciones de prohibir efectivamente toda proyección pública de películas no protegidas según se define más adelante, esta exigencia no puede ser cumplida de modo que dé un carácter definitivo a la decisión del censor, sea cual fuere ésta. Teniendo en cuenta la experiencia acumulada, la Corte considera que solamente un proceso contradictorio puede garantizar la comprensión y el ejercicio de la libertad de expresión con una justa apreciación de las circunstancias privativas de cada caso y que, por este motivo, únicamente un procedimiento coronado obligatoriamente por un fallo judicial puede imponer la ejecución de una medida de restricción definitiva y jurídicamente fundada. . . Con este objeto, se ha de dar a la empresa proyectora la posibilidad de derivar de la ley o de una interpretación autorizada de la jurisprudencia la seguridad de que el censor, transcurrido un plazo determinado y necesariamente breve, autorizará la proyección de la película o pedirá a un órgano judicial que la prohíba. Por el mismo motivo, toda restricción que prejuzgue el fallo definitivo de un tribunal sobre el fondo de la cuestión sólo puede tener carácter dilatorio y sólo tendrá validez como máximo durante el plazo que necesite un tribunal para llegar a una decisión bien fundada. Además, la Corte no ignora que, incluso cuando una restricción temporal cesa de ejercer sus efectos, la negativa a expedir la autorización de proyectar, con el mero carácter de medida administrativa y como manifestación de la opinión del censor, persuadido de que la película no puede acogerse a la protección de la Constitución, puede causar efectos desalentadores en la empresa proyectora. . . Así, pues, el procedimiento debe tener por fin garantizar la adopción de una decisión judicial definitiva y pronta, en virtud de la cual se reduzcan al mínimo las consecuencias paralizadoras que forzosamente tendría una denegación provisional y tal vez mal fundada del permiso de proyección.

“Si estas garantías faltan, la empresa proyectora quizá no se decida a interponer un difícil procedimiento de revisión contra la decisión del censor. . .”

Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania
LIBERTAD DE EXPRESIÓN

SENTENCIA DICTADA POR LA SALA PRIMERA EL
25 DE ENERO DE 1961

(Referencia núm. 1 BvR 9/57)

*Expresar una opinión es uno de los derechos más
excelsos de que goza el hombre en el seno de la socie-*

dad. Es también un derecho fundamental y un elemento esencial del orden democrático, que garantiza la libre discusión de las ideas sin las cuales la sociedad carece de objeto.

Fuente: Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, vol. 12, pág. 113.

El demandante, presidente de un tribunal de apelación, había sido censurado por el semanario *Der Spiegel*. El autor del artículo citado afirmaba, en particular, que el demandante simpatizaba con el comunismo, y ponía en duda el acierto de la decisión en virtud de la cual el demandante había sido designado para el desempeño de altas funciones de carácter judicial. El demandante dio a conocer su respuesta en otra publicación, en la que formulaba observaciones despreciativas acerca del artículo aparecido en *Der Spiegel* y de la clase de artículos de los que el citado era una muestra.

Basándose en el Código Penal, los editores de *Der Spiegel* entablaron un procedimiento criminal por difamación contra el demandante. Este fue condenado finalmente al pago de una multa, después de haber interpuesto múltiples recursos. Interpuso luego una acción basada en una presunta atentado a la Constitución y sostuvo que su condena había tenido por efecto limitar su derecho a expresar libremente sus opiniones, que es un derecho reconocido por la Constitución.

El Artículo 5 de la Ley Fundamental alemana está concebido en los términos siguientes:

“1) Toda persona tiene derecho a expresar y a propagar sus opiniones de palabra, por escrito y por la imagen, así como a obtener, sin limitación alguna, informaciones de las fuentes al alcance del público. Quedan garantizadas la libertad de prensa y la libertad de expresión por medio de la radiodifusión y la cinematografía”.

“2) Los derechos antes enunciados sólo podrán ser limitados por lo dispuesto en las leyes de carácter general, por lo dispuesto en las leyes dictadas para proteger a la juventud y por el derecho de cada individuo a proteger su honor personal.”

El tribunal que condenó al demandante sólo tomó en consideración el artículo teniendo en cuenta la defensa del honor personal; según el Código Penal, se ha de entender que la finalidad de esta expresión es proteger contra las especies injuriosas. El tribunal consideró que el artículo del demandante iba más allá de lo requerido por la protección de su honor personal y constituía un ataque infundado contra los editores de *Der Spiegel*.

El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania no ha aceptado esta interpretación por los motivos siguientes: constituía un atentado a los derechos del demandante según los define el Artículo 5; no se ajustaba con exactitud a la importancia atribuida por la Ley Fundamental a la formación de la opinión pública; en fin, no tenía absolutamente en cuenta la influencia que la libertad de expresión, uno de los derechos fundamentales, ejerce consiguientemente sobre la interpretación y la aplicación de las disposiciones penales que protegen el buen nombre de una persona. Al preguntarse si con su artículo el demandante había cometido una infracción penal, convenía tener en cuenta no sólo su derecho a defenderse contra el ataque de que había sido

objeto, sino también el efecto ejercido por dicho artículo, considerado como respuesta a una provocación, en la formación y en la información de la opinión pública:

“La Ley Fundamental atribuye una importancia especial al derecho fundamental que consiste en la libertad de expresar una opinión. . . La libertad de opinión, en cuanto es medio para expresar directamente la personalidad, es uno de los derechos más excelsos del hombre como ser social y solamente la sociedad le confiere esta importancia especial. Además, este derecho fundamental aporta una contribución propia a la construcción del orden democrático, porque constituye el palenque adecuado para la libre exposición y confrontación de las ideas, así como para la manifestación de los intereses sin los cuales una sociedad democrática no podría vivir. Solamente la libre discusión en público de los asuntos de importancia general garantiza, al margen de toda coerción, la formación de la opinión pública, pues ésta, en una democracia libre, sólo se puede formar en un régimen pluralista y por medio de controversias entre corrientes ideológicas, que se inspiran tal vez en fuentes distintas, pero que, por lo menos, se enuncian libremente, sobre todo en réplicas y contrarréplicas. El derecho de todo ciudadano a participar en las discusiones públicas está garantizado por el párrafo 1 del Artículo 5 de la Ley Fundamental. Ahora bien, la prensa, junto con la radiodifusión y la televisión, es el instrumento más importante para la formación de la opinión pública; por este motivo, la libertad de prensa está expresamente protegida por la Ley Fundamental en la segunda frase del párrafo 1) del Artículo 5. Los límites fijados a este derecho fundamental que es la libertad de opinión ejercen por fuerza una influencia importante para determinar el equilibrio que, según el artículo 193, se ha de mantener entre la defensa del honor y la libertad de opinión, en los asuntos de los que forman parte integrante elementos formativos de la opinión pública.”

El Tribunal agrega en sus considerandos que, en la medida en que el artículo del demandante ha contribuido efectivamente a formar la opinión pública, el motivo que inspiraba su publicación no constituía el elemento decisivo. Por ello, era imposible denegar a este artículo la protección que se merecía en calidad de aportación a la formación de la opinión pública, basándose en el hecho de que había sido publicado exclusivamente o por encima de todo para proteger el honor de su autor.

“Objetivamente considerado, el artículo del demandante es una aportación para estudio de una cuestión que interesa profundamente al público y que guarda relación con su confianza en el gobierno y en la administración de justicia. No puede perder este carácter por el hecho de que el demandante defendiera al mismo tiempo su honor y su situación. Entre los intereses que defendía al publicar su artículo, figuraba su derecho a contribuir a la formación de la opinión pública.”

La sentencia condenatoria fue anulada y el asunto, remitido a un tribunal de primera instancia para nuevo juicio, teniendo en cuenta los principios enunciados por el Tribunal Constitucional.

Corte Suprema de Ceilán

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

ASEERWATHAM v. PERMANENT SECRETARY, MINISTRY OF
DEFENCE AND EXTERNAL AFFAIRS AND OTHERS

La libertad de circulación no debe ser objeto de ninguna limitación contraria a la razón. El titular de un pasaporte válido, así como de un billete de ida y vuelta para un viaje al extranjero, tiene derecho a salir de su país y a regresar a él sin entorpecimiento.

Petición presentada por J. D. Aseerwatham para que se expida un mandamiento judicial (*Writ of Mandamus*) que habrán de cumplir el secretario permanente del Ministerio de Defensa y Relaciones Exteriores, el director del Cambio de Moneda y la compañía Air Ceylan.

Ante los magistrados T. S. Fernando y Manicavasakar:

El Sr. Aseerwatham había sido invitado, en su calidad de secretario general de la Asociación Ceilanesa pro Naciones Unidas, a que participase en un seminario de las Naciones Unidas que debía celebrarse en Kuala Lumpur. El secretario permanente del Ministerio de Defensa y Relaciones Exteriores le denegó la autorización necesaria para salir del país, y el director del Cambio de Moneda le denegó una asignación de divisas.

El interesado era titular de un pasaporte ceilanes válido y la Federación Mundial de Asociaciones pro Naciones Unidas le había comunicado que pondría a su disposición un billete de ida y vuelta para el viaje de Colombo a Kuala Lumpur.

En octubre de 1964 el demandante gestionó del primero de los dos demandados la expedición de un certificado de autorización de viaje, previa presentación del formulario facilitado por el Ministerio de Defensa y Relaciones Exteriores. Dicho demandado le notificó entonces que no era posible concederle la autorización; no expuso ningún motivo para justificar la medida.

El demandante pidió luego un mandamiento a la Corte Suprema e invocó su calidad de libre ciudadano de Ceilán para afirmar que tenía el derecho de ir y volver en plena con toda libertad. El primer demandado, deseoso de perjudicarlo y por motivos que no había expuesto, se había negado a concederle la autorización necesaria; el demandante sostenía su derecho a pedir a la Corte la expedición de un mandamiento que ordenase al primer demandado o al segundo, o bien a uno y a otro, la concesión sin demora de la autorización que le permitiría obtener su billete de viaje aéreo cuyo precio había sido abonado de antemano.

En la vista, el magistrado T. S. Fernando hizo notar que la posición del Ministerio de Defensa y Relaciones Exteriores era insostenible e incomprensible y expresó en términos sobremansa vivos la desaprobación que le merecía, a este respecto, la actitud del primer demandado. Agregó que, a su juicio, la libertad de circulación no debe ser objeto de ninguna limitación contraria a la razón. Instó encarecidamente al abogado de la Corona a que velara por

la concesión de la autorización necesaria al demandante, sin mayor demora o entorpecimiento.

Más tarde, en el curso de la misma vista, el abogado de la Corona comunicó a la Corte que el primer demandado estaba dispuesto a conceder la autorización necesaria.

Corte Suprema de Ceilán

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

GOONERATNE v. PERMANENT SECRETARY, MINISTRY OF DEFENCE AND EXTERNAL AFFAIRS AND ANOTHER

Asunto análogo al precedente

Petición presentada por A. C. Gooneratne para que se expida un mandamiento judicial (*Writ of Mandamus*) que habrán de cumplir el secretario permanente del Ministerio de Defensa y Relaciones Exteriores y el director del Cambio de Moneda.

Ante los magistrados Sri Skanda Rajah, Sirimana y Manicavasakar:

El demandante, de profesión abogado, había sido invitado a participar en un congreso de juristas que debía celebrarse en el Oriente Medio; el precio de su billete había sido abonado de antemano. Habiéndose negado el secretario permanente del Ministerio de Defensa y Relaciones Exteriores a concederle las autorizaciones necesarias para trasladarse a Estambul, el demandante pidió a la Corte que expidiera un *writ of mandamus*.

En la vista, el representante de la Corona manifestó que ningún impedimento de orden legal se oponía a que saliera de Ceilán cualquiera que fuera titular de un pasaporte válido para el viaje a los países adonde tuviera el propósito de ir, y que tuviera además el billete de avión necesario.

El magistrado Manicavasakar hizo notar que el Ministerio de Relaciones Exteriores tenía la obligación de prestar ayuda a los que estuvieran en condiciones análogas a las del demandante, en vez de entorpecerles.

El presidente de la Corte, sri Skanda Rajah, señaló que muy grande debía ser la incertidumbre reinante en el espíritu del público si tanta confusión había en los círculos oficiales con respecto a estas cuestiones. Por consiguiente, procedía dar la publicidad adecuada al hecho de que, para salir de Ceilán, no se requería obtener ninguna autorización del primer demandado. Agregó que éste era el caso típico de asunto en que la Corona debía ser condenada al pago de las costas. Su importe se fijó en 210 rupias.

Corte Suprema de la India

PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE EL ESTADO DE EXCEPCION

Los Reglamentos indios de defensa nacional. En virtud de los Reglamentos de defensa nacional, el presidente de la República india está facultado para prohibir, durante la vigencia del estado de excepción, el acceso a las vías de recurso establecidas para garantizar la protección de los derechos fundamentales; sin embargo, no puede disponer la suspensión de estos derechos, que no quedan abolidos y, cuando se levante el estado de excepción, el particular lesionado podrá reclamar del Estado que le indemnice los daños causados por la violación de sus derechos fundamentales.

En el asunto mencionado, la Corte Suprema de la India decidió que, durante la vigencia del estado de excepción, el presidente de la República sólo está facultado a prohibir el acceso a las vías de recurso establecidas para garantizar la protección de los derechos fundamentales y no puede disponer la suspensión de estos derechos. La Corte Suprema decidió que estos derechos no quedan abolidos, ni siquiera durante la vigencia del estado de excepción, y que, por consiguiente, el particular lesionado podrá reclamar del Estado que le indemnice los daños causados por la violación de sus derechos fundamentales.

Corte Suprema de Israel

DERECHOS DE UN EMPLEADO

MUNICIPIO DE PETACH TIQVA v. AVRAHAM FRIEDMAN

(C.A. 525/64)

Las condiciones de empleo en su conjunto determinan la situación de un empleado. La supresión injustificada de una condición sustancial daña gravemente esta situación. La privación arbitraria del derecho de ascenso es una práctica discriminatoria respecto de un empleado.

Sentencia reproducida en 19 Piskei Din I 566.

El demandado estuvo empleado al servicio del recurrente durante ocho años en calidad de dibujante técnico. Había solicitado ser ascendido en varias ocasiones, pero todas sus solicitudes fueron rechazadas sin explicación; el demandado consideró que era objeto de medidas discriminatorias, porque todos sus colegas fueron ascendidos durante este periodo. Presentó su renuncia y

pidió una indemnización por pérdida de empleo. En general, solamente el empleado que ha sido despedido puede percibir una indemnización, pero existen, sin embargo, casos en los que se considera la renuncia como un despido, sobre todo cuando empeoran las condiciones de empleo.

La Corte tenía que decidir si la renuncia podía ser considerada como un despido, habida cuenta del empeoramiento experimentado por las condiciones de empleo del interesado.

La Corte ha decidido que el demandado tenía derecho a percibir una indemnización.

Según el magistrado Berinson: Las condiciones de empleo en su conjunto determinan la situación de un empleado y la supresión inmotivada e injustificada de una condición sustancial puede servir de base para llegar a la conclusión de que la situación del empleado ha sufrido un daño grave. Una posibilidad razonable de ascenso, en el caso de un empleado cualificado, es desde luego una condición de empleo importante. Privar arbitrariamente a un empleado de esta posibilidad es lesionarle gravemente. Es manifestar una actitud discriminatoria a su respecto, en comparación con el trato concedido a otros empleados, que son ascendidos regularmente en armonía con el mejoramiento de su actividad. La situación de un empleado que normalmente tiene ante sí posibilidades razonables de ascenso no es la misma que la del empleado cuya categoría se ha fijado de una vez para siempre y que no tiene posibilidad de ascender en un empleo en el que el empleado asciende ordinariamente a medida que sus responsabilidades se acrecientan y su nivel profesional se eleva.

Corte Suprema de los Estados Unidos

EL DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN

LAMONT BASIC PAMPHLETS v. POSTMASTER GENERAL

(381 U.S. p. 301)

El destinatario de un envío postal tiene derecho a recibir su correspondencia sin obstrucción. La disposición de una ley que establece para el ministro de Comunicaciones la obligación de conservar y de distribuir solamente previa petición escrita del destinatario los envíos procedentes del extranjero que contengan "propaganda política comunista" es inconstitucional, porque impone al destinatario la obligación de pedir por escrito la distribución. Esta disposición es una vulneración de los derechos garantizados al destinatario por la Primera Enmienda.

En virtud de la Ley de 1962 sobre la remuneración de los funcionarios de Correos y de los funcionarios federales, el ministro de Comunicaciones tiene la obligación de conservar y de distribuir, solamente previa petición escrita del destinatario, los envíos no cerrados procedentes del extranjero que contengan "propaganda política comunista". Según el procedimiento de aplicación adoptado, el Ministerio de Comunicaciones dirigía una carta al destinatario para notificarle la recepción del envío y comunicarle que, si la carta no era devuelta al cabo de veinte días, el Ministerio consideraría que el destinatario no deseaba recibir la publicación transmitida ni cualquier otra que se recibiera del mismo género en lo porvenir.

La Corte Suprema decidió que la disposición referida de la Ley mencionada era inconstitucional porque imponía al destinatario la obligación, si quería recibir su correspondencia, de pedir por escrito su distribución.

Formuló las observaciones siguientes como base para su fallo: A juicio de la Corte, esta disposición vulnera los derechos garantizados al destinatario por la Primera Enmienda. El destinatario tiene que hacer una manifestación de voluntad, cuando, en el sentir de la Corte, el gobierno no puede imponerle esta obligación. Es casi seguro que esta obligación tendrá un efecto disuasivo, en especial para los que ocupan cargos particularmente expuestos. Sus medios de existencia pueden depender de un juicio favorable de los Servicios de Seguridad. Algunos funcionarios, entre ellos los miembros del personal docente, cuya estabilidad de empleo no está garantizada, tal vez se imaginen que se exponen a la peor suerte si leen publicaciones que, en opinión del Gobierno Federal, contienen la semilla de la traición. Otros sentirán sin duda cierto temor al pedir la transmisión de publicaciones que, según han declarado los funcionarios federales, contienen "propaganda política comunista". Esta Ley instituye un régimen incompatible con el derecho a la "controversia, franca, vigorosa y abierta" que la Primera Enmienda tiene por fin garantizar.

Corte Suprema de Israel

EL DERECHO DE PROPIEDAD

JOSEPH BARUCH v. EL DIRECTOR DE ADUANAS

(H.C. 249/64)

La expropiación, incluso la realizada con indemnización, es una vulneración de los derechos fundamentales. Es imposible sin una disposición legal expresa, clara y carente de ambigüedad. Siempre que sea posible interpretar una autorización de esta índole en sentido favorable al ciudadano y limitar su aplicación, los tribunales lo harán y la interpretarán con un criterio restrictivo.

Fallo publicado en 19 Piskei Din I 486.

El demandante era importador de objetos de porcelana. El demandado, después de haber manifestado que el valor de los objetos, según lo declarado por el demandante, era, a su juicio, "insuficiente", presentó una solicitud previa para el decomiso de los objetos, contra pago del valor declarado y de un 5 % suplementario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149, párrafo a), del Reglamento de Aduanas, redactado en los términos siguientes:

En el caso de los derechos de aduana fijados *ad valorem*, el director de Aduanas podrá, si tiene motivos para creer que el valor declarado por el importador o su agente es insuficiente, percibir en especie la cuantía de los derechos o bien decomisar las mercancías mediante aviso previo al importador o a su agente y contra el pago del valor declarado por el importador o su agente, aumentado en un cinco por ciento.

Si bien el valor había sido declarado por el demandante conforme a las facturas en regla y no había dado lugar a ninguna impugnación, su cuantía era muy inferior a los precios del mercado. El demandante explicó que eran artículos de segunda calidad, que sólo revendería después de haberlos decorado artísticamente.

Pidió a la Corte que expidiera un mandamiento de anulación del aviso previo de decomiso. Este mandamiento fue expedido con carácter irrevocable, con la siguiente exposición de motivos:

1. Cuando el valor declarado de las mercancías es el consignado en facturas en regla, no se puede afirmar que es "insuficiente", porque el valor declarado en las facturas es el que debe figurar en la declaración del importador.

Según el magistrado Cohn: "... La expropiación de bienes que pertenecen a un individuo, incluso la realizada con indemnización, es una vulneración de los derechos fundamentales que es absolutamente inaceptable si falta una disposición legal, que habrá de ser expresa, clara y carente de ambigüedad. En el caso de que exista la posibilidad de interpretar esta disposición en sentido favorable al ciudadano y de limitar su aplicación, los tribunales se aprovecharán de esta posibilidad y darán a dicha disposición legal una interpretación restrictiva".

Corte Suprema de las Filipinas

EL DERECHO DE PROPIEDAD

PROVINCE OF BULACAN v. SAN DIEGO ET AL

(G.R. No. L-15946)

La Constitución protege al propietario de tierras contra la expropiación indiscriminada e injustificada. La expropiación sólo se justifica por consideraciones de orden público y en beneficio del público.

Fallo pronunciado el 28 de febrero de 1964.

En virtud del Artículo 4 del Título XII de la Constitución, el Estado sólo puede expropiar las fincas de extensa superficie y, más concretamente, aquellas cuya extensión abarque la totalidad o una gran parte de una villa o ciudad; cuando un latifundio ha sido dividido y fragmentado en parcelas de extensión razonable, en ventas voluntarias decididas o no por su propietarios o propietarios, o bien como resultado de una primera expropiación, el Artículo 4 del Título XIII de la Constitución dispone que las parcelas así obtenidas no pueden ser objeto de otra expropiación. La notificación, por las autoridades, del propósito de expropiar una parcela de tierra no tiene de por sí el efecto de enajenar dicha parcela o de impedir que su propietario ejerza sobre ella sus derechos en lo sucesivo, ora por la institución de una hipoteca, ora por la venta en todo o en parte. Los conflictos entre arrendatarios y propietarios, sea cual fuere el responsable, no pueden justificar por sí mismos la expropiación. La Constitución protege al propietario contra la expropiación indiscriminada e injustificada. La expropiación sólo se justifica por consideraciones de orden público y en beneficio del público. Dar a los arrendatarios la posibilidad de ser propietarios de una finca, aunque sean sus antepasados los que han bonificado la tierra y aunque ellos mismos sean los que la hayan cultivado durante muchos años por cuenta de su propietario, no puede justificar de por sí, a los efectos constitucionales, una expropiación que privará al propietario de su bien.

Tribunal Constitucional de Yugoslavia

EL DERECHO DE PROPIEDAD

EL ASUNTO DEL CONSEJO MUNICIPAL DE VALJEVO

(Primera sesión, 1964)

El Tribunal Constitucional derogó un reglamento que imponía a los propietarios de locales comerciales situados en edificios de propiedad privada la obligación de alquilarlos en un plazo de treinta días y que, en caso contrario, autorizaba al servicio oficial de la vivienda a alquilarlos contra la voluntad del propietario "para proteger el interés común". No se puede disponer de locales comerciales de propiedad privada sin el consentimiento de sus propietarios.

Fallo pronunciado el 5 de octubre de 1964.

En virtud del Título XIII de la nueva Constitución yugoslava de 1963, se creó un Tribunal Constitucional, que es una innovación sin equivalente en ningún país comunista. En la primera sesión del nuevo Tribunal, celebrada el 5 de octubre de 1964, se pronunció un fallo para resolver un asunto relativo a los derechos de propiedad de los particulares. El Consejo Municipal de

Valjevo (Serbia) había dictado un reglamento que imponía a los propietarios de locales comerciales situados en edificios de propiedad privada la obligación de alquilarlos en un plazo de treinta días. En caso contrario, y cualquiera que fuese el motivo, este reglamento autorizaba al servicio oficial de la vivienda a alquilarlos contra la voluntad del propietario "para proteger el interés común". El Tribunal Constitucional se pronunció en favor del demandante, que era un particular, y el reglamento fue derogado. En adelante, nadie podrá disponer de locales comerciales de propiedad privada sin el consentimiento de sus propietarios.

Corte Suprema de Ceilán

LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

ATTORNEY-GENERAL v. LIYANAGE & OTHERS

(Primer proceso del golpe de Estado)

El nombramiento de magistrados por el poder ejecutivo, aunque esté en armonía con una ley especial, vulnera los principios básicos de la independencia del poder judicial. Los magistrados así nombrados son incompetentes para el desempeño de funciones judiciales a causa del método seguido para nombrarles.

Ante T. S. Fernando, presidente, y de Silva y Sri Skanda Rajah, magistrados.

El 18 de febrero de 1962 el Parlamento de Ceilán aprobó, con efecto retroactivo, una ley denominada "Ley sobre disposiciones especiales de carácter penal" (The Criminal Law (Special Provisions) Act). Esta Ley tenía por objeto poner en vigor disposiciones especiales para regular la detención, la prisión y el proceso de algunos miembros de las fuerzas armadas y de la policía, así como de algunos civiles, acusados de haber participado, el 27 de enero de 1962, en un alzamiento destinado a derrocar el gobierno.

Esta Ley confería al ministro de Justicia, titular de un departamento con responsabilidades políticas, la facultad de designar a tres magistrados de la Corte Suprema para que constituyeran el tribunal encargado de juzgar a los procesados. Se disponía además en la Ley que ni la composición ni la competencia del tribunal así creado por el ministro podían ser impugnadas ante un órgano judicial.

Veinticuatro personas habían sido procesadas en virtud de dicha Ley. La vista del juicio empezó el 1° de julio de 1962 y los trámites preliminares duraron varias semanas.

La defensa presentó en primer lugar una conclusión preliminar en la que impugnaba la competencia del Tribunal, en particular por los motivos siguientes:

1. Las disposiciones de la Ley mencionada, que conferían al ministro de Justicia la facultad de nombrar o seleccionar a los magistrados, constituían

un abuso de poder teniendo presente lo dispuesto en la Constitución, en la medida en que entorpecían el ejercicio y eran un atentado contra las atribuciones de la Corte Suprema, definidas en la Orden del Consejo de Ministros por la que se dictó la Constitución de Ceilán.

2. El nombramiento de los magistrados ha sido hasta ahora facultad exclusiva del poder judicial en el ejercicio normal de sus atribuciones y no puede ser efectuado por alguien que no pertenezca al poder judicial.

El fiscal general afirmó que la facultad de nombramiento era exclusivamente administrativa y podía ser atribuida a una persona que no perteneciera al poder judicial. Por su parte, la defensa sostuvo que el nombramiento de los magistrados, no obstante tener el aspecto de acto administrativo, estaba relacionada tan inextricablemente con el ejercicio de las atribuciones judiciales propiamente dichas o con los principios básicos del poder judicial que formaba parte integrante de este poder.

En su sentencia, pronunciada el 3 de octubre de 1962, la Corte aceptó la conclusión preliminar de la defensa, que había impugnado su competencia, y formuló las observaciones siguientes sobre la facultad de nombramiento del ministro:

Si esta facultad se atribuye a una autoridad que no pertenece al poder judicial, esta autoridad podrá legalmente hacer uso de ella a fin de impedir que un magistrado o magistrados ejerzan algunas de las funciones propiamente judiciales que la Constitución les confía en su calidad de magistrados de la Corte Suprema. Lo absurdo de este hecho se pone todavía más de manifiesto si, en vez de considerar la situación de un magistrado, se considera la del presidente de la Corte. Consideramos posible que, en armonía con esta Ley, el presidente de la Corte, en virtud de una disposición de una ley de esta índole, no pueda presidir el órgano cuya dirección le atribuye la Constitución. Por consiguiente, el ejercicio de la facultad de nombramiento puede tener por resultado, en la práctica, anular las atribuciones judiciales que la Constitución ha confiado a uno o a varios magistrados.

Además, en la hipótesis de que la facultad de nombrar o designar a los magistrados pudiera ser confiada al ministro, sin ser inconstitucional por tratarse en este caso de un acto exclusivamente administrativo, no vemos en la ley nada que impida conferir esta facultad a cualquier otro representante de la autoridad, sea o no parte interesada en un proceso. Ahora bien, la posibilidad de abusar de la facultad de nombramiento así confiada, hasta el punto de destituir a un magistrado inamovible de las funciones que le han sido asignadas en virtud del artículo 52 de la Orden del Consejo de Ministros, o de limitar sus atribuciones, es una consideración importante cuando se pretende determinar si, al conferir en virtud del artículo 9 la facultad de nombrar a alguien que no es magistrado de la Corte Suprema, se comete o no un abuso de poder en relación con lo dispuesto en la Constitución.

La Corte declaró además que, inclusive si se considera que la facultad de nombramiento es compatible con la Constitución, se atentaría con ello contra el principio fundamental en materia de administración de justicia — enunciado a menudo por los magistrados — según el cual no basta hacer, justicia,

sino que es menester hacer justicia públicamente. Aplicando este principio al caso concreto presente, la Corte formuló las observaciones sobremanera pertinentes que se reproducen a continuación:

Un tribunal no puede preguntarse cuáles han sido los móviles del legislador. Sin embargo, las circunstancias antes descritas son de tal naturaleza que justifican que la Corte se pregunte si un ciudadano ordinario, una persona razonable, no tendrá la impresión de que la misma Corte Suprema ha prejuzgado la cuestión, en un sentido o en otro. ¿Qué impresión creará sin duda en el espíritu de este ciudadano ordinario, de esta persona razonable, esta modificación introducida bruscamente, con posterioridad al hecho y, sin duda, con fines interesados en la Ley que regula la selección de los jueces? ¿No estará justificado que se pregunte por qué está facultado el ministro, que tiene supuestamente un interés en la sentencia que ha de pronunciarse, a escoger a los jueces y, en cambio, la parte adversa no puede participar en su elección? ¿No se han violado con ello las reglas de la justicia y la equidad? ¿Sentirá, de buena fe pero equivocadamente, la impresión de que la administración de justicia ha sufrido un atentado inaceptable? ¿No pondrá en este caso en duda la imparcialidad del tribunal así constituido?

... Refiriéndose a estos criterios y a los que ha aplicado al juzgar otros asuntos en que ha entendido, la Corte no puede por menos de llegar a la conclusión de que, al atribuir al ministro la facultad de nombrar a los magistrados, se atenta contra el principio fundamental cuya nueva expresión se debe a lord Howart. Por este motivo, incluso si la Corte hubiese llegado a una conclusión distinta en lo que se refiere a la validez del artículo 9 de la Ley sobre disposiciones especiales de derecho penal, la Corte se habría considerado obligada a reafirmar este principio, que está en la actualidad firmemente enraizado en la administración de justicia de nuestro país.

Nota de la redacción

La sentencia citada es de capital importancia para el principio de la independencia del poder judicial. La Corte, no obstante estar compuesta por magistrados nombrados por el gobierno, se declaró incompetente para conocer del asunto referido, teniendo en cuenta el modo de designación empleado.

Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania

**EL DERECHO DE UN JUEZ A EJERCER FUNCIONES
JUDICIALES**

**SENTENCIA PRONUNCIADA POR LA SALA SEGUNDA EL
25 de FEBRERO DE 1964**

(Referencia: 2 BvR 411/61)

El presidente de un tribunal no puede prohibir, en la

medida de sus deseos, que un juez ejerza funciones judiciales. Un decisión de esta índole obtiene en la práctica el mismo resultado que la destitución o la suspensión temporal, y constituye una infracción del inciso 1 del párrafo 2) del Artículo 97 de la Ley Fundamental.

Fallo publicado en Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, vol. 17, pág. 252.

El demandante era juez de un tribunal laboral de distrito. Desde 1960 estaba virtualmente excluido de las actividades propias de su función, como resultado de un plan de organización de las labores del tribunal que sólo le reservaba el mínimo posible de funciones judiciales. En correspondencia anterior al planteamiento judicial del asunto, el presidente del tribunal había reconocido que el presidium (órgano judicial encargado de distribuir el trabajo entre los miembros del tribunal) había tenido el propósito de privar, en lo posible, al demandante de toda actividad judicial.

Este presentó al Tribunal Constitucional una acción por violación de la Constitución. Afirmó que sus derechos fundamentales, garantizados por los Artículos 1 (el derecho a la dignidad de la persona), 2 (el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad) y 3 (la igualdad de todos ante la ley) de la Ley Fundamental, habían sido vulnerados y que, de hecho, se le prohibía ejercer sus funciones, pues la parte adversa había infringido el inciso 1 del párrafo 2) del Artículo 97 de la Ley Fundamental, según el cual: "Los jueces de profesión nombrados de conformidad con la ley no podrán ser destituidos, suspendidos temporal o definitivamente, transferidos a otros puestos o retirados contra su voluntad, a menos que una decisión judicial ponga término a sus funciones, lo cual sólo podrá hacerse por los motivos y según el procedimiento fijados en la ley".

El Tribunal Constitucional decidió que el procedimiento seguido por el tribunal vulneraba los derechos reconocidos al demandante por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley Fundamental, así como la disposición del inciso 2 del párrafo 1) del Artículo 101, según la cual: "Nadie podrá ser privado de acceso al juez que la ley le ha designado".

Además, el Tribunal interpretó del modo siguiente la garantía de la independencia personal establecida para el demandante por el Artículo 97 de la Ley Fundamental: "Solamente podrá ser suspendido de sus funciones contra su voluntad en virtud de una decisión judicial que señale la conclusión de un proceso desarrollado en armonía con la ley y fundado en los motivos enunciados por la ley. El Artículo 97 se refiere a la destitución, a la suspensión temporal o definitiva, a la transferencia a otro puesto o al retiro forzoso, es decir, a conceptos relacionados con la administración pública. Sin embargo, y considerando el objeto de esta disposición, ésta no puede limitarse a establecer una protección contra medidas de carácter formal que se traduzcan en la destitución, la suspensión o la transferencia decretadas por orden superior y de conformidad con el reglamento de la administración pública. Por el contrario, toda medida que equivalga en sustancia a una destitución, una suspensión definitiva o temporal o un retiro forzoso y que, en la práctica, obtenga el mismo resultado que cualquiera de las medidas de carácter formal enumeradas antes, guarda relación con el Artículo 97. Si no fuera así, la independencia personal de los jueces podría ser privada de contenido, y desaparecería la

protección que el Artículo 97 quiso garantizar. En otras palabras, . . . el Artículo 97 prohíbe que se prive a un juez de sus funciones judiciales de modo distinto a los allí enumerados. Se deriva asimismo de las consideraciones precedentes que, para determinar si un juez amparado en la protección del Artículo 97 ha sido apartado de sus funciones contra su voluntad, poco importa saber si tiene asignada una tarea en el plan de labores del tribunal y si, excepcionalmente y de vez en cuando, participa en el pronunciamiento de los fallos. No corresponde al presídium de un tribunal decidir que un juez miembro de dicho tribunal según la ley es inaceptable o totalmente inapto para el desempeño de sus funciones, y excluirle por estos motivos de toda participación en la actividad judicial”.

Corte Suprema de la India

**ATRIBUCIONES DE UN TRIBUNAL PARA DECLARAR
ADMISIBLE UNA DEMANDA PRESENTADA PARA
IMPUGNAR LA LEGALIDAD DE UNA CONDENA POR
DESACATO EL PARLAMENTO DICTADA POR UNA
ASAMBLEA LEGISLATIVA**

**LEGISLATIVE ASSEMBLY OF UTTAR PRADESH v. ALLAHABAD
HIGH COURT**

(Asunto planteado ante la Corte Suprema por el presidente de una Audiencia en el ejercicio de sus atribuciones)

Conflicto de prerrogativas entre los poderes legislativo y judicial: un tribunal tiene competencia para conocer de una demanda presentada para impugnar la legalidad de una condena por desacato al Parlamento dictada por una asamblea legislativa. La asamblea no puede pedir explicaciones a los jueces que han entendido en la demanda. La asamblea legislativa no tiene competencia para entablar una acción contra estos jueces.

Ante Gajendragadkar, presidente, y Sarker, Subba Rao, Wanchoo, Hidayatullah, Shah y Rajagopala Ayyangar, magistrados.

La Corte Suprema pronunció, por mayoría, la sentencia relativa a este asunto; la sentencia fue leída por el presidente, Sr. P. B. Gajendragadkar, el 30 de septiembre de 1964. El magistrado A. K. Sarkar se separó de sus colegas y emitió una opinión disidente.

Los hechos que dieron lugar al conflicto y a la remisión a la Corte Suprema decidida por el presidente de la Audiencia son los siguientes: el 14 de marzo el presidente de la Asamblea Legislativa de Uttar Pradesh censuró en público al Sr. Keshav Singh, domiciliado en Gorakhpur, por haber come-

tido un acto de desacato al Parlamento y haber atentado contra los privilegios del Sr. Narsingh Narain Pandey, diputado de la Asamblea.

Más tarde, en ese mismo día, el presidente de la Asamblea ordenó la detención del Sr. Keshav Singh por haber desacatado nuevamente a la Asamblea con la actitud manifestada al ser convocado ante el presidente para escuchar la censura, y por haberle dirigido antes una carta irrespetuosa. El 19 de marzo el Sr. B. Solomon, abogado, presentó una petición a la Audiencia, en nombre del Sr. Keshav Singh, en aplicación del artículo 491 del Código de Procedimiento Penal y del Artículo 226 de la Constitución.

Esta petición fue tramitada por los magistrados N. U. Bog y G. D. Sahgal, que la declararon admisible, ordenaron que se diera notificación de ella a los demandados, a saber: el presidente de la Asamblea, el primer ministro de Uttar Pradesh y el director de la cárcel del distrito de Lucknow, y decretaron que el Sr. Keshav Singh fuera liberado bajo fianza.

El 21 de marzo la Asamblea declaró, en una resolución, que los dos magistrados y el abogado habían incurrido en desacato al Parlamento. En consecuencia, se dictó una orden para disponer que comparecieran ante la Asamblea, en condición de detenidos, y para decretar la detención y prisión del Sr. Keshav Singh.

Los dos magistrados fueron informados sobre estos hechos por la prensa escrita y la radio; entablaron, por separado, una acción ante la Audiencia de Allahabad, en virtud del Artículo 226 de la Constitución. La Audiencia en pleno, compuesta de veintiocho magistrados, declaró que las acciones eran admisibles y ordenó que se comunicara a los demandados que el presidente de la Asamblea no podía expedir el mandamiento de detención. El Sr. Solomon entabló una acción análoga, que también fue declarada admisible.

El 25 de marzo la Asamblea aprobó una resolución aclaratoria, en virtud de la cual se cancelaron los mandamientos de detención expedidos contra los dos magistrados y el Sr. Solomon, pero los tres interesados quedaron sujetos a la obligación de comparecer ante la Asamblea para exponer los motivos por los que la Asamblea debía abstenerse de formarles proceso.

Después de esta rápida sucesión de incidentes desde el 19 hasta el 25 de marzo, el presidente de la Audiencia decidió, el 26 de marzo, ejercer las atribuciones que le confería el párrafo 1) del Artículo 143 de la Constitución para remitir un asunto a la Corte Suprema.

Cuestiones planteadas ante la Corte Suprema

Al efectuar esta gestión en virtud del Artículo 143 de la Constitución, el presidente de la Audiencia planteó las cuestiones siguientes:

1. Habida cuenta de las circunstancias del asunto, ¿tenía competencia la sección de Lucknow de la Audiencia de Allahabad, compuesta de los magistrados Beg y Sehgal, para recibir y decidir la petición presentada por el Sr. Keshav Singh para impugnar la legalidad de la condena a una pena de prisión, impuesta por la Asamblea Legislativa de Uttar Pradesh por desacato a dicha Asamblea y por atentado contra sus privilegios, y podía esa sección ordenar la liberación bajo fianza del Sr. Keshav Singh hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva?

2. ¿Son culpables de desacato a la Asamblea Legislativa de Uttar Pradesh el Sr. Keshav Singh, por haber presentado una petición en nombre propio a la Audiencia de Allahabad, el Sr. Solomon, por presentarla en nombre del

anterior, y los dos magistrados, por declararla admisible, decidir a su respecto y ordenar la liberación bajo fianza del Sr. Keshav Singh hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva?

3. ¿Tenía la Asamblea Legislativa de Uttar Pradesh competencia para ordenar la comparecencia, en condición de detenidos, de los dos magistrados y del Sr. Solomon y para obligarles a exponer los motivos de sus actos?

¿Tenía la Audiencia en pleno de Uttar Pradesh competencia para recibir y decidir las peticiones de los dos magistrados y del Sr. Solomon y para prohibir temporalmente la ejecución de la condena dictada por la Asamblea Legislativa?

5. ¿Incorre un magistrado de Audiencia que ha de entender en una petición de esta naturaleza en desacato a la Asamblea Legislativa, y tiene ésta competencia para procesar a este magistrado en el ejercicio de sus atribuciones, privilegios e inmunidades?

La Corte Suprema, por mayoría, resolvió del modo siguiente las cinco cuestiones planteadas por el presidente de la Audiencia:

1. La sección de Lucknow de la Audiencia de Uttar Pradesh era competente para recibir y decidir la petición presentada por el Sr. Keshav para impugnar la legalidad de la condena a una pena de prisión impuesta por la Asamblea Legislativa de Uttar Pradesh para castigar su desacato, y era perfectamente competente para decretar la liberación bajo fianza del Sr. Keshav Singh.

2. El Sr. Keshav Singh, el Sr. Solomon, abogado, y los dos magistrados no habían cometido el delito de desacato a la Asamblea Legislativa de Uttar Pradesh.

3. La Asamblea Legislativa de Uttar Pradesh era incompetente para ordenar la comparecencia, en condición de detenidos, de los dos magistrados y del Sr. B. Solomon, y para obligarles a exponer los motivos de sus actos.

4. La Audiencia en pleno de Uttar Pradesh era competente para recibir y decidir las peticiones de los dos magistrados y del Sr. Solomon y para prohibir temporalmente al presidente de la Asamblea Legislativa y a otros que ejecutaran las decisiones de la Asamblea.

5. No incorre en desacato a la Asamblea Legislativa el magistrado de Audiencia que declara admisible y tramita una petición que impugna la orden o la decisión por las que una asamblea legislativa impone una pena al demandante o forma proceso a éste por haber descatado su autoridad o haber atentado contra sus privilegios e inmunidades, y que emite un fallo al respecto. La asamblea legislativa es incompetente para formar proceso a ese magistrado en el ejercicio de sus facultades, privilegios e inmunidades.

Los magistrados de la Corte Suprema consignaron, antes de su respuesta a la quinta cuestión, la observación siguiente: su decisión sólo es aplicable en los asuntos de desacato a una asamblea legislativa en los que sea parte un ciudadano que no es miembro de la asamblea y que ha obrado fuera de su recinto.

Tribunal de Apelación de Nueva Zelandia

COMPETENCIA DE UN TRIBUNAL EN CASO DE
EJERCICIO DEL PRIVILEGIO DE LA CORONA

CORBETT v. SOCIAL SECURITY COMMISSIONER AND ANOTHER

(1962 Court of Appeal)

Los tribunales de Nueva Zelandia pueden desechar la negativa de un ministro a presentar documentos confidenciales, si consideran acertado hacerlo.

Véase también *New Zealand Law Reports, 1962*, págs. 878 a 920.
Ante Gresson, presidente, y North y Cleary, magistrados.

El demandante había pedido la expedición de mandamientos de *certiorari* y de *mandamus** contra los tres miembros de la Comisión de Seguridad Social, órgano constituido en virtud de la Ley de 1918 sobre la seguridad social y encargado de aplicar dicha Ley bajo la autoridad y la alta dirección del ministro de Seguridad Social, citado también como demandado. Si bien los miembros de la Comisión y el ministro eran en conjunto el objeto de la demanda de presentación de documentos al Tribunal, la demanda contra el ministro fue retirada de común acuerdo y sólo el primer demandado fue objeto del mandamiento, al que no se hizo ninguna oposición. Cuando el mandamiento empezaba a ser ejecutado, el segundo demandado, en su calidad de ministro de Seguridad Social, manifestó que había examinado personalmente los documentos. Había llegado a formarse la opinión de que algunos pertenecían a una categoría a la que era menester conservar su carácter confidencial, en aras del buen funcionamiento de la administración pública y para garantizar sin trabas la libre circulación de las informaciones en la administración pública. Además, el hecho de publicar los documentos objeto de controversia sería contrario al interés general. Por estos motivos prohibió a la Comisión y a todos los miembros de la administración pública que los presentasen, salvo si la Corte Suprema decidía que esta prohibición era contraria a la ley. Si bien el abogado de los demandados no había formulado objeción alguna con respecto al mandamiento del Tribunal en cuanto se refería a los miembros de la Comisión, había señalado, sin embargo, el carácter confidencial de algunos documentos. Por consiguiente, era necesario pronunciarse acerca de la cuestión de saber si el Tribunal estaba facultado para examinar los documentos objeto de controversia, o bien si debía aceptar como definitiva la declaración del ministro.

El Tribunal de Apelación decidió (por los votos de los magistrados North y Cleary, con la opinión disidente del presidente Gresson) que los tribunales de Nueva Zelandia tienen siempre la facultad de desechar la negativa de un ministro a presentar documentos en relación con los cuales invoca el privilegio de la Corona, si los tribunales consideran acertado hacerlo. Ahora

* Procedimientos de anulación de una decisión.

bien, esta facultad se ha de guardar en reserva y no debe ser ejercida a la ligera.

Según el magistrado North: "En los casos de esta índole, el Tribunal ha tenido siempre la facultad de informarse sobre la naturaleza del documento cuyo carácter confidencial se proclama y de disponer que se precise la naturaleza del perjuicio que el Estado sufriría a causa de la presentación del documento. La existencia de esta facultad no es en modo alguno incompatible con la base en que se funda la prerrogativa real, a condición de que sea ejercida con la parsimonia más extrema y su ejercicio no lesione al Estado, al cual la prerrogativa, en los casos en que cabe invocarla, tiene precisamente por objeto proteger."

Tribunal de Apelación del Sudán

**CUANDO PUEDEN LOS TRIBUNALES APLICAR UNA
LEY INGLESA QUE NO HA SIDO INCORPORADA
EXPRESAMENTE AL DERECHO SUDANÉS**

HEIRS OF IMAN IBRAHIM v. EL AMIN ABDEL RAHMAN

(AC-REV-53-1963)

Los tribunales sudaneses pueden aplicar los principios retores de una ley inglesa que no ha sido incorporada expresamente al derecho sudanés cuando esos principios están en armonía con los de la Ordenanza sobre la administración de justicia civil en el Sudán. En los casos de esta índole no se aplica en el Sudán una ley inglesa, sino los principios de justicia que han inspirado al poder legislativo inglés. Sin embargo, los tribunales sudaneses no pueden basarse en una ley extranjera para aplicar excepciones que permiten apartarse retroactivamente de un principio general.

Véase también *Sudan Law Journal and Reports*, 1962, págs. 228 a 237.

Ante Abu Rahnat, presidente, y Awadalla, magistrado.

Extracto del fallo pronunciado el 16 de mayo de 1963 por el magistrado Awadalla (de acuerdo con el presidente Abu Rahnat):

El distinguido magistrado del Tribunal de Apelación se ha negado a conceder su protección a los herederos de un arrendatario protegido por la ley vigente en el Sudán, considerando que, si aceptaba hacerlo, obedecería ciegamente las disposiciones de una ley inglesa. Cabe preguntarse si su razonamiento es acertado. Por mucho respeto que sienta por la actitud de este digno magistrado, he de decir, con vivo pesar, que la verdadera cuestión que se planteaba era la de saber si, en este caso, se hallaba el juez en presencia de un estado de necesidad que, de no haber

sido resuelto, hubiese sido contrario a la justicia, a la equidad y a las exigencias de la conciencia. Cuando el Tribunal considera fuera de duda que existe una situación de esta especie, considero que no habrá de apartarse de su obligación consistente en aplicar los principios del artículo 9 de la Ordenanza sobre la administración de justicia civil (Civil Justice Ordinance), por el mero hecho de que rige en Inglaterra una disposición legal cuyo fin es resolver una situación análoga. Lo que aplicamos en el Sudán no es la disposición de la ley inglesa propiamente dicha, sino los principios generales de justicia que han llevado al poder legislativo inglés a poner remedio a la situación. Esta ha sido siempre la actitud de los tribunales sudaneses en los asuntos de este género, y no veo ningún motivo que justifique cambiarla en el asunto de que nos ocupamos. Lo que los tribunales sudaneses no pueden hacer es basarse en una ley extranjera para aplicar excepciones que permitan apartarse retroactivamente de un principio general.

Nota de la redacción

La disposición de una ley inglesa a la que la Corte hace alusión está contenida en la Ley de 1920 que limita las alzas de alquileres y de los tipos de interés hipotecario (Increase of Rent and Mortgage Interest (Restrictions) Act, 1920) y que, en su artículo 12, párr. 12, aptdo. g), se refiere a los locales de vivienda en los siguientes términos:

“... se entenderá por “arrendatario” la viuda de un arrendatario que compartía su domicilio en el momento del fallecimiento de dicho arrendatario, o bien, en el caso de que un arrendatario fallezca sin dejar testamento y sin dejar viuda o fuera hembra, un miembro de la familia del arrendatario domiciliado como en el caso anterior y que, si no ha sido designado por acuerdo mutuo, podrá serlo por el tribunal de condado.”

Corte Suprema de Ceilán

LEY RETROACTIVA Y DISCRIMINATORIA

ATTORNEY-GENERAL v. LIYANAGE AND OTHERS

(Tercer proceso del golpe de Estado)

Los tribunales se resisten a aplicar leyes de carácter retroactivo en virtud de las cuales son ilegales y punibles actos que, en el momento de su comisión, no habían sido definidos como infracciones. Su actitud es idéntica con respecto a las leyes ad hoc, aplicables a un caso concreto y cuyo carácter discriminatorio es incuestionable.

Ante Sansoni, presidente, y H. N. G. Fernando y de Silva, magistrados.

Como resultado del fallo anterior dictado por la Corte Suprema en esta causa en octubre, por el que se aceptaban las objeciones preliminares formuladas para impugnar la competencia de la Corte, el poder legislativo modificó la ley, a fin de atribuir al presidente de la Corte Suprema, y no al ministro de Justicia, la facultad de designar a los magistrados que habrían de entender en ella. En consecuencia, el presidente designó a tres magistrados a este efecto. Sin embargo, estos magistrados se negaron también a proseguir las actuaciones cuando se señaló a su atención que uno de ellos, en sus funciones anteriores de fiscal general, había tenido conocimiento de un expediente que no era ajeno al asunto.

Se constituyó entonces otro tribunal, compuesto de los magistrados mencionados más arriba. Después de un proceso que duró largo tiempo, se pronunció la sentencia el 6 de abril de 1965. De las veintisiete personas acusadas inicialmente, once fueron declaradas culpables y condenadas a penas de reclusión que llevaban adjunta la confiscación de bienes. Los demás acusados fueron absueltos por decisión consignada en la misma sentencia o en el curso del proceso.

Refiriéndose en los considerandos a algunas objeciones preliminares formuladas por el defensor con respecto al desarrollo del proceso, la Corte manifestó lo siguiente:

Compartimos la intensa y casi universal oposición a las leyes *ex post facto* en sentido estricto, es decir, a las leyes en virtud de las cuales son ilegítimos y punibles hechos que no habían sido definidos en efecto como delitos en el momento de su comisión. Y no podemos negar que en el caso presente hemos de aplicar una ley de esta índole... Ahora bien, no nos corresponde determinar si una ley de esta índole es necesaria.

La tercera acusación — la de conspiración con objeto de derrocar el gobierno — estaba formulada en los términos empleados en la modificación retroactiva del artículo 115 del Código Penal, introducida por la Ley núm. 1 de 1962 sobre disposiciones especiales de carácter penal. En realidad, esta circunstancia no ha sido gravemente perjudicial para los procesados, porque entendemos que en todo caso los procesados a los que condenamos son culpables de los actos a ellos atribuidos en las demás acusaciones que no se basan en la modificación. Es probable además que la conspiración comprobada habría sido punible en virtud de otros artículos del Código.

Esto sentado, hemos de poner de relieve que la Ley de 1962 ha modificado radicalmente *ex post facto* la pena en que han incurrido los procesados. La Ley suprimió la facultad discrecional que tenían los magistrados de fijar la duración de la pena y obliga al tribunal a decretar la reclusión durante diez años, aunque habríamos querido diferenciar al dictar sentencia entre los promotores de la conspiración y los que fueron inducidos a sumarse a ella. Dispone también que se decretará el decomiso obligatorio de los bienes.

Estas modificaciones no fueron meramente retroactivas: se decretaron también *ad hoc* y sólo son aplicables a la conspiración que era el objeto de las acusaciones por nosotros examinadas. No alcanzamos a comprender esta discriminación. Para los tribunales, que han de estar exentos de perjuicios políticos, los delitos de traición son igualmente condenables,

sea cual fuere el carácter de la autoridad gubernamental y sean cuales fueren los delincuentes.

Nota de la redacción

El lector hallará, en las páginas 365-367 bajo el título "La independencia del poder judicial", la sentencia pronunciada anteriormente en esta causa.

Corte Suprema de la India

**LA FACULTAD DE EXPEDIR MANDAMIENTOS
JUDICIALES: SU ALCANCE EN LA INDIA**

Apelación en lo civil núm. 62 de 1964

En virtud del Artículo 226 de la Constitución, los tribunales indios de apelación disponen de facultades muy amplias en materia de expedición de mandamientos judiciales. Sus facultades no tienen punto de comparación con las de los tribunales ingleses. El referido Artículo de la Constitución está redactado en términos bastante amplios a fin de reprimir la injusticia dondequiera que se manifieste. El derecho de los tribunales a intervenir puede derivar indirectamente de la ley, aunque esto no esté enunciado en términos expresos.

El Artículo 226 de la Constitución india está concebido en los siguientes términos:

226. 1. No obstante disposición contraria en el Artículo 32, todo tribunal de apelación estará facultado, en todo el ámbito de su jurisdicción, a expedir respecto de toda persona o autoridad, e incluso en los casos apropiados con respecto a todo gobierno, situados en su esfera de acción, directrices, órdenes y mandamientos y, concretamente, mandamientos de la misma naturaleza que los mandamientos de *habeas corpus*, *mandamus*, *prohibition*, *quo warranto* y *certiorari*, o bien cualquiera de ellos, para garantizar la protección de los derechos conferidos por el Título III de la Constitución o para cualquier otro fin.

2. La facultad atribuida a un tribunal de apelación por el precedente párrafo 1 no dejará sin efecto la facultad atribuida a la Corte Suprema por el párrafo 2 del Artículo 32.

La Corte Suprema ha declarado lo siguiente:

El Artículo 226 de la Constitución (relativo a los tribunales de apelación, a la facultad de expedir mandamientos judiciales, etc.) está concebido en términos muy amplios y los tribunales de apelación pueden hallar, en su mismo enunciado, facultades muy extensas que les permitirán reprimir la injusticia dondequiera se manifieste. Deliberadamente, la Constitución

utiliza estos términos para describir la naturaleza de las facultades, los fines para los que pueden ser ejercidas y la persona o la autoridad contra la que pueden ser ejercidas. Pueden expedirse mandamientos análogos a los mandamientos privilegiados del procedimiento inglés, pero su efecto es más amplio en virtud del empleo de las palabras "de la misma naturaleza que" utilizadas en el Artículo 226: se deduce, en efecto, de estas palabras que los mandamientos que pueden expedirse en la India no tienen punto de comparación con sus equivalentes ingleses y que hay solamente analogía entre ellos. Prescindiendo de esta consideración, los tribunales de apelación pueden expedir también directrices, órdenes y mandamientos distintos de los mandamientos clásicos que tienen reconocidos. Así, los tribunales de apelación están en condiciones de adaptar con precisión su actividad a las necesidades especiales y complejas del país.

Todo intento encaminado a establecer una equivalencia entre la facultad que el Artículo 226 atribuye a un tribunal de apelación indio y la facultad de los tribunales ingleses para expedir estos mandamientos específicos tendría por efecto introducir, sin motivo, en un inmenso país de estructura federal como la India las restricciones de procedimiento que los siglos han aportado a la administración de justicia en Inglaterra, país relativamente poco extenso y de estructura unitaria. Esta interpretación sólo tendría por resultado privar al Artículo 226 de su contenido. No se deriva de ello que este Artículo autorice a los tribunales de apelación a obrar arbitrariamente. Algunas limitaciones se enuncian implícitamente en el Artículo; podrían deducirse otras a fin de dar orientaciones ciertas a sus aplicaciones. La cuestión de saber si un acto es de naturaleza judicial o administrativa se plantea habitualmente en el curso de los debates de un tribunal administrativo o de una autoridad que tenga una competencia análoga. Por eso, el hecho de que un tribunal administrativo expida un mandamiento o cualquier otra instrucción escrita no mengua en absoluto el carácter cuasi judicial de este instrumento, si se observan ciertos requisitos. El requisito exigido es el siguiente: autoridad reconocida por la ley a la entidad constituida, de suerte que ésta pueda resolver las cuestiones de su competencia y sus decisiones tengan carácter judicial.

Las disposiciones de una ley pueden obligar a una entidad administrativa a dar un carácter administrativo o judicial a una decisión. Si la ley impone expresamente a la entidad administrativa la obligación de ajustarse a la segunda posibilidad, el carácter judicial es patente. Puede ocurrir también que la obligación de dar carácter judicial a las decisiones no sea estipulada expresamente y que simplemente puede deducirse de las disposiciones de la ley y del efecto global de elementos tales como la naturaleza de los derechos controvertidos, el carácter de las resoluciones propuestas, el criterio objetivo que se ha de adoptar, los términos utilizados, la naturaleza de las facultades conferidas o la obligación impuesta a la autoridad, en fin, los demás índices que ofrezca la ley. En resumen, la obligación de actuar de conformidad con las reglas judiciales puede presentarse en circunstancias muy distintas y no es posible ni aconsejable enunciar una regla absolutamente fija o una directriz inmutable."

Corte Suprema de los Estados Unidos

DERECHO A NEGARSE A REALIZAR CUALQUIER ACTO DE AUTOACUSACIÓN

MALLORY v. HOGAN

(378 U.S., 1)

El derecho a negarse a realizar cualquier acto de autoacusación puede ser invocado por un testigo tanto en una encuesta desarrollada de conformidad con la ley como en un proceso por una causa penal.

Corte Suprema de los Estados Unidos

DERECHO A NEGARSE A REALIZAR CUALQUIER ACTO DE AUTOACUSACIÓN

GRIFFIN v. CALIFORNIA

(380 U.S. 609)

Algunas observaciones hechas en la recapitulación de los debates tendían a demostrar que, al negarse a explicar hechos por él conocidos, el defensor daba lugar a deducciones que le eran adversas. Las observaciones de este género, relativas a la negativa del procesado a testificar o a explicar determinados hechos, vulneran el derecho a negarse a realizar cualquier acto de autoacusación, garantizado por la Quinta Enmienda.

En un proceso penal el representante del ministerio público y el juez, al recapitular los debates, formularon observaciones que tendían a demostrar que el procesado rehusaba testificar, denegar hechos o negarse a explicar hechos que probablemente conocía, y dieron a entender que de esta actitud se podía derivar legítimamente deducciones adversas al procesado.

La Corte Suprema decidió que estas observaciones sobre la negativa a prestar testimonio vulneraban el derecho a negarse a realizar cualquier acto de autoacusación, garantizado por la Quinta Enmienda de la Constitución. "En efecto, formular observaciones sobre la negativa a prestar testimonio es dar nueva vida al sistema inquisitivo de justicia penal, abolido por la Quinta Enmienda. Para un tribunal, equivale a penar el ejercicio de un derecho reconocido por la Constitución. Equivale a reducir el valor de un derecho al gravar onerosamente su afirmación. Se asegura, sin embargo, que llegar a una conclusión de culpabilidad a partir de la negativa del acusado a testificar sobre los hechos que conoce con particular exactitud es siempre una conclusión normal e inevitable, y que, al formular una observación sobre esta negativa,

no por ello se transforma esta conclusión en una pena que castiga el ejercicio de un derecho garantizado por la Constitución. Lo que el jurado puede decidir, por cuenta propia y sin la ayuda del tribunal, tal vez no tenga nada que ver con lo que puede decidir cuando el tribunal da al silencio del acusado el carácter solemne de testimonio adverso”.

Corte Suprema de los Estados Unidos

ADMISIBILIDAD DE LAS CONFESIONES

JACKSON v. DENNO

(378 U.S. 368)

Corresponde al juez decidir con pleno conocimiento de causa si las confesiones se han efectuado voluntariamente, antes de autorizar su comunicación al jurado. Autorizar su comunicación y permitir luego que el jurado decida si son voluntarias y si son verdicas es violar la disposición de la Quinta Enmienda que garantiza la aplicación del debido procedimiento jurídico. Se ha de señalar al jurado que no tiene por qué tener en cuenta las confesiones involuntarias, aunque parezcan reflejar la verdad.

Según el procedimiento vigente en el Estado de Nueva York, el juez de primera instancia debe cerciorarse en primer lugar del carácter voluntario de las confesiones y no tenerlas en cuenta si éstas no pueden ser consideradas, en modo alguno, como voluntarias. Si los hechos de la causa permiten legítimamente dudar de su certeza, por ejemplo en el caso en que se discuten determinados hechos o en otros casos en los que hombres razonables pueden derivar deducciones distintas de hechos reconocidos como verídicos, el juez debe declarar que las confesiones son admisibles y confiar al jurado, después de haberle informado debidamente sobre este punto, la misión de decidir si tienen carácter voluntario y determinar su veracidad.

En el asunto juzgado en instancia de apelación, no se opuso objeción a la admisibilidad de las confesiones, pero se planteó la cuestión de su veracidad. El magistrado indicó al jurado que no debía tener en cuenta las confesiones si llegaba a la conclusión de que no habían sido voluntarias, pero que, en el caso contrario, era menester determinar su veracidad y credibilidad, y obrar en consecuencia.

Según el procedimiento vigente en el Estado de Nueva York, el jurado sólo emite un veredicto de conjunto sobre la cuestión final de culpabilidad o de inocencia y es imposible ver si ha considerado que las confesiones tenían carácter voluntario y las ha tenido plenamente en cuenta, o bien si, al contrario, no las ha considerado voluntarias y parece no haberlas tenido en cuenta.

La Corte Suprema decidió que este procedimiento no permitía afirmar de modo concluyente y seguro el carácter voluntario de las confesiones y no

protegía en la medida suficiente el derecho a no ser condenado como resultado del empleo de confesiones obtenidas por la fuerza.

Por consiguiente, este procedimiento viola la cláusula de la Quinta Enmienda que garantiza el derecho al debido procedimiento jurídico. En efecto, éste requiere que el carácter voluntario de las confesiones sea apreciado adecuadamente antes de que se puedan presentar al jurado que habrá de pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

El jurado de Nueva York ve que, a partir de la iniciación de los debates, se presentan tanto las pruebas del carácter voluntario de las confesiones como todos los testimonios corroborantes, que demuestran que estas confesiones son verídicas y que el procesado ha cometido ciertamente el delito. Por ello el jurado está justificado si da fe a estas confesiones y puede creer que el procesado ha cometido el acto que se la atribuye. Es éste un elemento que puede influir considerablemente en la apreciación de la confianza que se debe prestar al acusado, así como en la evaluación de los testimonios relativos a los hechos decisivos relacionados con las confesiones.

En los casos en que, al margen de las confesiones, los elementos de prueba sean insuficientes, el procesado no debe ser condenado si el jurado da fe a las confesiones, pero considera que no han sido voluntarias. Sin embargo, el jurado puede ver con dificultad que se acepte la doctrina que prohíbe dar crédito a las confesiones obtenidas por la fuerza, pero que son, no obstante, verídicas. . . El hecho de que las confesiones fidedignas deban ser también voluntarias para que sea posible tenerlas en cuenta genera el deseo, a la vez natural y vivo, de llegar a la conclusión de que han sido voluntarias. Si no ha sido así, el procesado culpable recupera su libertad. Es difícil examinar objetivamente los elementos de prueba contradictorios que guardan relación con las circunstancias en que se han obtenido las confesiones, y las conclusiones que de ellos derivan indirectamente cobran un carácter sospechoso. Puede ocurrir que las consideraciones que guardan relación con la culpabilidad del procesado lleguen a influir en las conclusiones de hecho relacionadas con el carácter voluntario de las confesiones a que haya llegado el jurado. Surgiría en este caso un peligro bastante grave que impediría que la Corte Suprema aceptara sin reserva tener en cuenta ninguna de estas consideraciones, exista o no un número bastante elevado de elementos de prueba para justificar un veredicto de culpabilidad.

Corte Suprema de los Estados Unidos

EL DERECHO A UN DEFENSOR: LOS TESTIMONIOS DE CARGO HECHOS EN SU AUSENCIA

MASSIAH v. UNITED STATES

(377 U.S. 201)

Los testimonios de cargo obtenidos del acusado en

ausencia de su defensor, por consiguiente cuando estaba privado de su derecho a un defensor, no pueden ser considerados, en virtud de la Constitución, como pruebas de cargo y presentadas con este carácter en su proceso.

El demandante había sido acusado de violación de las leyes federales sobre los estupefacientes y liberado luego bajo fianza. Había obtenido los servicios de un defensor. Los agentes de la autoridad, prosiguiendo sus investigaciones, instalaron un aparato emisor de radio en el coche de un pretendido cómplice del demandante, con la anuencia de dicho cómplice. Pudieron así oír declaraciones del demandante, que podían causarle perjuicio. En virtud de la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos: "en todo proceso penal, el acusado tiene derecho a . . . ser asistido por un defensor".

La Corte Suprema decidió que las declaraciones de naturaleza perjudicial que los agentes federales habían obtenido deliberadamente del demandante por medio del procedimiento descrito y en ausencia de su defensor privaban al demandante de su derecho a un defensor y que, en virtud de la Constitución, no podían ser utilizadas, por consiguiente, como pruebas de su culpabilidad con ocasión del proceso.

Corte Suprema de Chipre

**DERECHO A SER JUZGADO PÚBLICAMENTE Y
CONFORME A DERECHO**

**ANDREAS HJISAVVA AND ANOTHER (APPELLANTS) v. ANNA
GEORGHIOU HJISAVVA (RESPONDENT)**

(Apelación en lo civil núm. 4520)

El Artículo 30 de la Constitución de Chipre contiene una disposición en virtud de la cual toda persona tiene derecho a ser juzgado públicamente y conforme a derecho. Este derecho ha de ser objeto de la mayor atención por los que tienen a su cargo el funcionamiento de los tribunales y, en particular, por los que ejercen el poder judicial.

Ante Vassiliades, presidente, y Munir y Josephides, magistrados.

Fallo pronunciado el 4 de junio de 1965 por el presidente Vassiliades que, después de haber expuesto los hechos, manifestó lo siguiente:

Si bien las declaraciones citadas bastan para resolver el asunto presente, la Corte considera que tiene la obligación de referirse también, en cierta medida, al tercer medio de recurso invocado, a saber, que los debates del proceso en primera instancia se celebraron a puerta cerrada. La Corte ha expuesto ya en múltiples ocasiones su opinión al respecto.

Un proceso sólo se puede celebrar a puerta cerrada en los casos en que la ley o el procedimiento han previsto que así pueda ocurrir, y cuando el juez decide, por los motivos expuestos en los considerandos, que es necesario recurrir a este procedimiento excepcional. En todos los demás casos el procedimiento ha de ser público. Se ha señalado ya que un pleito concierne indudablemente, por encima de todo, a las partes; sin embargo, la aplicación de la ley y la administración de justicia son cuestiones que interesan a cada ciudadano y *que requieren la mayor publicidad posible*. El Artículo 30 de la Constitución, que figura entre las disposiciones relativas a los derechos fundamentales y a las libertades de la persona, dispone expresamente que, para la determinación de sus derechos y obligaciones, toda persona tiene derecho a ser juzgado conforme a derecho y *en público*. Importa que este derecho sea objeto de la mayor atención por parte de los que tienen a su cargo el funcionamiento de los tribunales y, en particular, por parte de los que ejercen funciones judiciales y han de velar por la defensa y la aplicación de la ley.

Corte Suprema de las Filipinas

DERECHO A SER OIDO

COMEDA v. CAJLOG

(G. R. Ref.: L-18258)

Importancia del derecho a ser oído. El tribunal debe ejercer equitativamente su facultad discrecional de que dispone para declarar que el demandante no ha comparecido. Todo abuso de esta facultad podrá ser corregido por un mandamiento de certiorari.

Fallo dictado el 27 de abril de 1963.

El demandante había sido convocado ante el juez de paz competente para la restitución de cierta suma de dinero. Fue citado a comparecer en la fecha fijada. Compareció en efecto en esa fecha y solicitó de los tribunales un aplazamiento que le daría tiempo a preparar su defensa. En ausencia de objeciones, se le concedió el aplazamiento. Al celebrarse el nuevo debate, el demandante se abstuvo de comparecer y el tribunal, previa petición del querellante, hizo constar la incomparecencia, oyó los argumentos del querellante y, en su fallo, se pronunció en favor de éste. Sin embargo, antes de la publicación de la sentencia el demandante compareció y expuso sus argumentos por escrito; pidió al mismo tiempo que se celebrara una nueva vista del asunto. Habiendo sido rechazadas esta demanda, así como una demanda ulterior de revisión, el demandante solicitó inmediatamente la expedición de un mandamiento de *certiorari* con objeto de obtener la anulación de la declaración de incomparecencia, así como de la sentencia basada en esta declaración.

El demandado, que era el querellante en la primera instancia, pidió al tribunal que rechazara esta demanda, alegando que el demandante habría debido utilizar la apelación y no el mandamiento de *certiorari* como medio de recurso. El tribunal de primera instancia se pronunció en favor del demandado, que es la decisión en que se basa el presente recurso.

La Corte decidió en favor del demandante. El juez de paz había hecho un empleo abusivo de su facultad discrecional, no sólo al declarar que el demandante había incomparecido, pues éste se había presentado efectivamente en la fecha fijada en primer lugar para la vista, sino también porque se había presentado igualmente en la segunda vista, aunque con retraso, y había solicitado inmediatamente la posibilidad de presentar sus medios de defensa. Es meramente conforme a razón atender a esta petición, teniendo en cuenta que, en el momento de su presentación, el tribunal no se había pronunciado todavía sobre el fondo del asunto.

Corte Suprema de los Estados Unidos

DERECHO A LA PRUEBA POR CAREO

POINTER v. TEXAS

(380 U.S. 400)

La posibilidad de servirse del careo como medio de prueba es de una importancia capital en todo proceso conforme a derecho. Presentar la transcripción de la declaración de un testigo efectuada en actuaciones precedentes, en las que el defensor del acusado no había interrogado a dicho testigo, constituye una denegación manifiesta del derecho al careo.

El recurrente fue detenido y entregado a un juez de Estado para que respondiera de una acusación de robo. La supuesta víctima del robo prestó testimonio, pero el recurrente, que carecía de abogado, no pudo proceder a su interrogatorio. En una audiencia ulterior se dio lectura a la transcripción de la declaración del testigo a pesar de las objeciones formuladas por el recurrente, que protestó contra esta denegación, a su juicio, del derecho al careo.

La Corte decidió que el derecho, reconocido a todo acusado por la Sexta Enmienda, a ser confrontado con un testigo de cargo y, en particular, a proceder a su interrogatorio es de fundamental importancia en todo proceso conforme a justicia. Presentar la transcripción del testimonio es una denegación manifiesta del derecho de confrontación, teniendo en cuenta que dicho testimonio no ha sido recogido en un momento y en condiciones que ofrezcan al recurrente la posibilidad de interrogar al testigo por intermedio de su abogado.

Corte Suprema de los Estados Unidos

DERECHO A LA PRUEBA POR CAREO

DOUGLAS v. ALABAMA

(380 U.S. 415)

So capa de realizar el careo del cómplice en su calidad de testigo de cargo y no obstante la negativa del cómplice a responder a preguntas que, por su naturaleza, podían comprometerle penalmente, el representante del ministerio público dio lectura, en presencia del jurado, a confesiones atribuidas al cómplice, perjudiciales para el acusado. Este no tuvo la posibilidad de carearse con el cómplice en relación con estas confesiones. Denegar el derecho al careo con un testigo viola la disposición de la Sexta Enmienda que regula la confrontación.

El recurrente y un supuesto cómplice fueron juzgados separadamente por actos de violencia cometidos con propósito homicida. El supuesto cómplice fue convocado en calidad de testigo de cargo en el proceso seguido al recurrente, pero se negó, en diversas ocasiones, a contestar a las preguntas, por temor a quedar penalmente comprometido si se prestaba a hacerlo. So capa de realizar el careo del cómplice en su calidad de testigo de cargo, el representante del ministerio público, pasando por alto las objeciones del recurrente y a pesar de la negativa a responder que el cómplice persistía en mantener, dio lectura, en presencia del jurado, de las confesiones atribuidas al cómplice, que eran perjudiciales para el recurrente. Se comprobó seguidamente la autenticidad de las confesiones firmadas por el cómplice, a pesar de que el documento no había sido aducido como medio de prueba. El recurrente fue condenado.

La Corte decidió que el recurrente no había tenido la posibilidad de carearse con su supuesto cómplice en relación con las confesiones que se le atribuían; por lo demás, la lectura de las confesiones, efectuada por el representante del ministerio público, tal vez había sido considerada por el jurado como una prueba concluyente y convincente de culpabilidad. Se había denegado, pues, al recurrente el derecho al careo de los testigos, garantizado por la disposición de la Sexta Enmienda relativa a la confrontación.

LIBROS DE INTERES

Derechos Humanos

Protection of Human Rights under the Law, por Gaius Ezejiolor (Butterworths, 1964).

La Convention Européenne des Droits de l'Homme, por Karel Vasak (P. Richou et R. Durand-Auzias, París, 1964).

The European Convention on Human Rights: Based on papers given at a Lecture and Conference held under the auspices of the British Institute of International and Comparative Law in London in November 1964, (ICQL Supplementary Publication No 11, Stevens & Sons, 1965, 17/6).

Naissance et signification de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, por Albert Verdoodt, prefacio de R. Cassin (Editions Nauwelaerts, Lovaina-París).

The Right of Privacy, por Samuel H. Hofstadter y George Horowitz (Nueva York, Central Book Company, 1964).

Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte – Ein Kommentar zu den österreichischen Grundrechtsbestimmungen, por Felix Ermacora (Viena 1963).

Human Rights and the International Community – the roots and growth of the Universal Declaration of Human Rights, 1948-1963, por Egon Schwelb (Quadrangle Books, Chicago, 1964).

Géographie de la Liberté, por Louis de Villefosse (Les Droits de l'Homme dans le Monde 1953/1964), (Ed. Robert Laffont, París 1965).

Proteção Internacional dos Direitos Humanos, C. A. Dunshee de Abranches (Livreria Freitas Bastos S.A., Río de Janeiro 1964).

Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Unión Panamericana, Washington D.C., 1963).

Informe sobre la situación de los presos políticos y sus familiares en Cuba, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Unión Panamericana, Washington D.C. 1963).

Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana, Informe preliminar presentado por el Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (Unión Panamericana, Washington D.C., 1965).

Informe sobre la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la República Dominicana – 1° de junio a 31 de agosto de 1965, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Unión Panamericana, Washington D.C., 1965).

Tribunales y procedimiento

Etudes sur le Recours de Pleine Jurisdiction, por el Dr. Pierre Sandevour (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964).

The Supreme Court in the Political Process, por Samuel Krislov (Collier-MacMillan Ltd., Londres, 1965).

The Supreme Court Review 1964, Chicago (University of Chicago Press, 1965).

The Rationing of Justice: Constitutional Rights and the Criminal Process, por Arnold S. Trebach, (New Brunswick, New Jersey; Rutgers University Press, 1964).

Criminal Procedure in Uganda and Kenya: Law in Africa N° 13, (Sweet & Maxwell, African UP, London, 1965).

Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, por el Dr. Ekkehard Schumann (Dunker & Humbolt, Berlín, 1963).

A magyar büntető eljárás jog (Tratado de procedimiento penal húngaro), por Mihály Móra y Mihály Kocsés, (Budapest, Tankönyvkiado, 1961).

Justice in Moscow, por George Feiter (Nueva York, Simon & Schuster, 1964).

Natural Justice, por H. H. Marshall, O.C. (Sweet & Maxwell, Londres 1959).

Derecho Constitucional

The New Commonwealth and its Constitutions, por S. A. de Smith, (Londres, Stevens & Sons, 1964).

The Constitution of Malaysia, por Harry E. Groves (Singapur, Malaysia Publications Ltd., 1964).

Constitutional Law of the Nigerian Republic, por B. O. Nwabueze, (Londres 1964, Butterworths, African Law Series, N° 12).

Constitutional Developments in Nigeria: an Analytical Study of Nigeria's Constitution – Making Departments and the Historical and Political Factors that affected Constitutional Change, por Kalu Ezera, ed. rev. (Cambridge University Press, 1965).

Demokratische Staatsformen in Westafrika, por Eugen Fehr (Europa Verlag, Zürich, 1965).

- Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, por André Hauriou, (Edit. Montchrestien, Paris 1965).
- Les Aspects Constitutionnels des Libertés Publiques aux Etats-Unis. Conférences données à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de l'Université de Paris*, febrero 1964, por Ernest Angell (Librairie Dalloz, Paris 1964).
- Tunisia since Independence - the Dynamics of One-Party Government*, por Clement Henry Moore, con una introducción de Roger Le Tourneau (University of California Press, 1965, 211 pp., más apéndice, ensayo bibliográfico e índice).
- Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Carl Heymanns Verlag KG, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 1962.

Obras de interés general

- The Ombudsman: Citizen's defender*, editado por Donald Rowalt (Allen & Unwin, Londres).
- Le marché commun communiste, Principe et pratique du COMECON*, por István Agoston (Librairie Droz, Ginebra, 1964).
- Private International Law in the European People's Democracies*, por István Szasky, (Publishing House of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest, 1964).
- Legal Curbs on Racial Incitement - A survey of international measures and domestic Legislation*, (World Jewish Congress, Londres, mayo de 1965).
- Not in the Public Interest (The Problem of Security in Democracy)*, por David Williams (Hutchinson de Londres, 1965).
- Report of the Ombudsman for the Year ended 31 March 1965. Presented to the House of Representatives pursuant to Section 25 of the Parliamentary Commissioner (Ombudsman) Act 1962* (by Authority: R. E. Owen, Government Printer, Wellington, Nueva Zelandia, 1965).
- Amérique Latine - Structures Sociales et Institutions Politiques*, por Jacques Lambert, (Coll. Themis, Presses Universitaires de France, Paris 1963).
- España Hoy* por Ignacio Fernandez de Castro y José Martinez, Ruedo Ibérico, París 1963.
- La República Federal de Centro América a la luz del Derecho Internacional Público*; Enrique Ortez H., Organización de Estados Centroamericanos, San Salvador, El Salvador, 1963.
- Les Grands Systèmes de Droit Contemporains (Droit comparé)*; René David, Librairie Dalloz, Paris 1964, pp. 630.

PUBLICACIONES RECIENTES DE LA COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

Revista de la Comisión Internacional de Juristas

Volúmen VI, Núm. 1 (Verano 1965): Aspectos jurídicos de las libertades civiles en los Estados Unidos y la Ley de Libertades Civiles de 1964 (III); Orientaciones del nuevo derecho penal soviético; Reciente legislación retroactiva en Ceilán; La "justicia popular" china en el período post-constitucional; Presentación del Proyecto de convención centroamericana sobre derechos humanos y su respectiva Corte; Confrontación sistemática de los instrumentos para la protección de los derechos humanos en el plano regional.

Boletín de la Comisión Internacional de Juristas

Número 23 (agosto 1965): Aspectos del imperio del derecho en Afganistán, Chile, España, Rumania, Tanzania, Unión Soviética; fallecimiento del Sr. E. S. Kozera; Noticias de la Comisión.

Número 24 (diciembre 1965): Campaña mundial en pro de los Derechos Humanos; Aspectos del imperio del derecho en Africa del Sur, Europa Oriental, Ghana, México; la Corte Europea de Derechos Humanos; Noticias de la Comisión.

ESTUDIOS ESPECIALES

La Muralla de Berlín: Atentado contra los derechos humanos (marzo, 1962): Este informe consta de cuatro partes: El pueblo vota con los pies, Medidas para impedir la huida desde la República Democrática Alemana, La evolución constitucional del Gran Berlín, El aislamiento del Berlín oriental. Para redactar este informe se han utilizado profusamente fuentes de la República Democrática Alemana y del Berlín oriental: leyes, órdenes, reglamentos, decisiones judiciales publicadas y extractos de prensa.

South African Incident: The Ganyile Case (junio, 1962): Informe sobre otro desgraciado episodio en la historia de los métodos arbitrarios empleados por el Gobierno sudafricano. Al publicar este informe, la Comisión quiere recordar a sus lectores la necesidad de una vigilancia constante para la defensa y afirmación de los derechos humanos.

El Imperio de la Ley en Cuba (noviembre, 1962): Documentación completa sobre la actual legislación constitucional y el derecho penal, así como información antecedente sobre importantes sucesos de la historia de Cuba, la tierra, la economía y la población: la cuarta parte consta de declaraciones de testigos.

El Imperio de la Ley en España (diciembre, 1962): Contiene capítulos sobre los fundamentos ideológicos e históricos del régimen, el sistema de partido único, la comunidad nacionalsindicalista, el poder legislativo, las atribuciones del ejecutivo, el poder judicial y los colegios de abogados, la defensa del régimen, la represión de los delitos y apéndices.

Informe sobre los sucesos ocurridos en Panamá del 9 al 12 de enero de 1964 (mayo, 1964): Un informe del Comité de Encuesta designado por la Comisión Internacional de Juristas.

Executive Action and the Rule of Law: informe sobre los debates del Congreso Internacional de Juristas de Río de Janeiro, Brasil, celebrado en diciembre de 1962 (en inglés).

The Dynamic Aspects of the Rule of Law in the Modern Age: informe completo sobre los trabajos y conclusiones de la Conferencia de Juristas del sudeste asiático y del Pacífico celebrada en Bangkok, Tailandia, del 15 al 19 de febrero de 1965 (en inglés y francés).

Los aspectos dinámicos del imperio de la ley en la época moderna: versión abreviada del informe sobre la Conferencia de Bangkok de febrero de 1965, preparada especialmente para los países de habla española.

Racial Problems in the Public Service (octubre 1965): Informe del Comité de encuesta enviado a la Guayana Británica por la Comisión Internacional de Juristas (en inglés).

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

Se examinarán con vistas a su publicación 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.

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

Distribución:

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS
2, QUAI DU CHEVAL-BLANC, GINEBRA, SUIZA

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

PRECIO:

6.75 fr. suizos

US \$ 1.50

£ 0.10.9

IMPRENTA TRIO S.A. - LA HAYA. - PAISES BAJOS

AVISO IMPORTANTE

DOS NUEVAS SECCIONES de gran importancia, tanto para los abogados como para los estudiosos interesados en el campo del derecho comparado y del derecho internacional, aparecen en este número de la REVISTA de la Comisión Internacional de Juristas.

Estas secciones, que aparecerán regularmente en lo futuro, son:

1. Repertorio de jurisprudencia basada en el Imperio del Derecho-Decisiones judiciales de diversos países;
2. Estudios sobre la estructura, jurisdicción e influencia de los principales tribunales y cortes supremos y constitucionales del mundo.

Los miembros de las secciones nacionales de la Comisión Internacional de Juristas reciben automáticamente nuestras publicaciones. Los lectores del *Boletín*, aún no suscritos a la *Revista* o que no la reciben en su calidad de miembros de una sección nacional, deberán suscribirse con la debida anticipación para poder recibirla regularmente.

El precio de la *Revista*, a partir del número correspondiente al invierno de 1965, será:

| | Suscripción anual | Precio por copia |
|-----------------|-------------------|------------------|
| Dólares | \$ 2.00 | \$ 1.50 |
| Libra Esterlina | 15s. 0d. | 10s. 9d. |
| Francos Suizos | 9.00 | 6.75 |

OFERTA ESPECIAL. Para quienes deseen suscribir a sus publicaciones y adquirir sus números pasados, incluyendo los estudios especiales, la Comisión Internacional de Juristas ha preparado la siguiente oferta: Por un pago global de Francos Suizos 45.00 (£ 3.15s. 0d. ó US \$10.00) ofrecemos:

1. Una suscripción por un año a todas las publicaciones de la Comisión Internacional de Juristas;
2. Un lote conteniendo todas nuestras publicaciones pasadas (a excepción de algunos números que se encuentran agotados).

Los pagos podrán hacerse por medio de cheques o de órdenes internacionales de pago a favor de:

Comisión Internacional de Juristas
2, Quai du Cheval-Blanc
1211 Ginebra 24
Suiza

o por transferencia a la cuenta No. 142.548 en la

Société de Banque Suisse
2 rue de la Confédération
Ginebra, Suiza