

REVISTA

DE LA

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

INVIERNO 1966

VOLUMEN VII, Núm. 2

ESTUDIO DE LA SECRETARIA EL FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DEL AFRICA SUDOCCIDENTAL (1966)

PIERRE PAPADATOS LA CARTA SOCIAL EUROPEA

DANIEL H. MARCHAND LOS SECUESTROS EFECTUADOS FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL

OSVALDO ILLANES BENITEZ LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE

LUCIEN 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 Internacionales y ex catedrático de Derecho en la Universidad de Harvard;

GEORGES BURDEAU, profesor de Derecho en la Universidad y en el Instituto de Estudios Políticos de París;

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

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

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

SEBASTIÁN SOLER, ex procurador general de la Nación argentina y profesor en la Universidad de Buenos Aires;

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

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

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS - GINEBRA

PRECIO:

6.75 fr. suizos

US \$ 1.50

£ 0.10.9

ACABA DE APARECER

**EL IMPERIO DEL DERECHO
Y
LOS DERECHOS HUMANOS**

Principios y definiciones elaborados en el curso de los Congresos y Conferencias de la Comisión Internacional de Juristas, clasificados según la materia, con las debidas notas de referencia a las principales convenciones sobre derechos humanos y dotados de un índice completo.

Precio

	US\$	Francos Suizos
Encuadernación en rústica	1.25	5.60
Encuadernación en tela	1.50	6.75

Para las demás publicaciones, consulta la lista adjunta.

PARA SU PEDIDO, UTILICE EL FORMULARIO ADJUNTO

REVISTA

DE LA

COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

Director: SEÁN MACBRIDE

INVIERNO 1966

VOLUMEN VII, Núm. 2

ESTUDIO DE LA SECRETARIA	EL FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DEL AFRICA SUDOCCIDENTAL (1966)	191
PIERRE PAPADATOS	LA CARTA SOCIAL EUROPEA	246
DANIEL H. MARCHAND	LOS SECUESTROS EFECTUADOS FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL	281
OSVALDO ILLANES BENITEZ	LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE	309
LUCIEN G. WEERAMANTRY	REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA BASADA EN EL IMPERIO DEL DERECHO	319
	LIBROS DE INTERES	353

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

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

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

EL FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DEL AFRICA SUODOCCIDENTAL (1966)

El fallo dictado el 18 de julio de 1966 por la Corte Internacional de Justicia en el asunto planteado por Etiopía y Liberia, en calidad de miembros originarios de la Sociedad de las Naciones, contra Sudáfrica en relación con la administración de su mandato sobre el Africa Sudoccidental ha dado lugar a múltiples comentarios y críticas en todo el mundo. El fallo ha tenido por efecto llamar la atención sobre algunos de los problemas que plantea la aplicación efectiva del derecho internacional, tanto en lo que se refiere al fondo como a los aspectos procesales; ha tenido consecuencias importantes para la consideración que merece la Corte Internacional de Justicia y para la misión que está llamada a desempeñar en su calidad de autoridad judicial que dirime las controversias surgidas entre los Estados Miembros de las Naciones Unidas.

En el curso del último decenio ha aumentado considerablemente el número de los Estados Miembros de las Naciones Unidas y su diversidad se ha intensificado a causa de la proclamación de la independencia de territorios que habían vivido durante largo tiempo bajo el régimen colonial. Los países recientemente emancipados se dirigen a las Naciones Unidas y a sus organismos especializados en demanda de orientación y consejos sobre sus relaciones con las demás naciones; por ello, es indispensable que exista previamente y esté sistematizado un orden jurídico internacional, no sólo para garantizar la disciplina de los Estados Miembros, sino también para estimularles a recurrir a la Corte Internacional de Justicia a fin de resolver sus controversias, en vez de utilizar los medios a su alcance, a veces hasta el derramamiento de sangre.

En las regiones del mundo donde la Declaración Universal de Derechos Humanos se reconoce y se respeta se tiene un interés cada vez mayor por lograr que un mecanismo eficaz haga efectiva la garantía de los derechos del hombre en el plano internacional e imponga el respeto del imperio del derecho. Los juristas del mundo entero se han preguntado si el reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia es una muestra de la insuficiencia del mecanismo existente para el desempeño de esta misión.

Teniendo en cuenta la importancia de este fallo, la Comisión Internacional de Juristas expone, con cierto detalle, en el presente artículo

los antecedentes del asunto, las cuestiones planteadas y extensos extractos del fallo mismo, así como de las opiniones de los magistrados. La Comisión tiene el propósito de completar el presente estudio con otro artículo sobre al mencionada sentencia de la Corte Internacional.

Después de la derrota de Alemania en la primera guerra mundial, el Gobierno británico transfirió al Gobierno de la Unión Sudafricana¹, para que éste lo ejerciera en su nombre, el mandato recibido en relación con el territorio del Africa Sudoccidental Alemana, ex protectorado alemán. Este mandato fue confirmado por el Consejo de la Sociedad de las Naciones el 17 de diciembre de 1920. El mandato confiado por la Sociedad de las Naciones imponía al mandatario la obligación de acrecentar, por todos los medios a su alcance, el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del ex protectorado alemán del Africa Sudoccidental.

El artículo 2 del Acuerdo de mandato está concebido en los términos siguientes:

“El mandatario tendrá plenos poderes de administración y de legislación en relación con el territorio objeto del mandato. Este territorio será administrado de conformidad con la legislación del mandatario como parte integrante de su territorio. Por consiguiente, el mandatario puede aplicar en las regiones objeto del mandato la legislación de la Unión Sudafricana, a condición de introducir las modificaciones requeridas por las circunstancias locales.

“El mandatario, utilizando todos los medios a su alcance, acrecentará el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio objeto del presente mandato.”

Es menester señalar que los mandatos conferidos por la Sociedad de las Naciones eran de tres categorías (A, B y C) según el nivel general de desarrollo de la población del territorio, y que el mandato correspondiente al Africa Sudoccidental era de la categoría C (territorio administrado como parte integrante del territorio del mandatario).

La Unión Sudafricana administró, sin interrupción, el mandato relativo al Africa Sudoccidental. Después de la segunda guerra mundial la Asamblea General de las Naciones Unidas, por una resolución de diciembre de 1949, pidió a la Corte Internacional de Justicia que emitiera una opinión consultiva sobre la situación jurídica del Africa Sudoccidental. La resolución fue transmitida a la Corte, que emitió la opinión siguiente el 11 de julio de 1950:

Que el territorio del Africa Sudoccidental es un territorio sometido al mandato asumido por la Unión Sudafricana el 17 de diciembre de 1920;

¹ El 31 de mayo de 1961 la Unión se convirtió en la República de Sudáfrica.

Que la Unión Sudafricana continúa sometida a las obligaciones internacionales enunciadas en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones y en el mandato para el Africa Sudoccidental, así como a la obligación de transmitir las peticiones formuladas por los habitantes de ese territorio, debiendo ser ejercidas las funciones de control por las Naciones Unidas, a las cuales se deben presentar los informes anuales, así como las peticiones, y debiendo ser reemplazada la referencia a la Corte Permanente de Justicia Internacional, de conformidad con el artículo 7 del mandato y el Artículo 37 del Estatuto de la Corte;

Que las disposiciones del Capítulo XII de la Carta se aplican al territorio del Africa Sudoccidental en la medida en que constituyen el medio para colocar el territorio en régimen de administración fiduciaria;

Que las disposiciones del Capítulo XII de la Carta no imponen a la Unión Sudafricana la obligación jurídica de colocar el territorio en régimen de administración fiduciaria;

Que la Unión Sudafricana, actuando por sí sola, no tiene competencia para modificar la situación jurídica internacional del territorio del Africa Sudoccidental y que la competencia para determinar y modificar la situación jurídica internacional del territorio incumbe a la Unión Sudafricana, actuando con el consentimiento de las Naciones Unidas.

La Corte Internacional de Justicia ha emitido otras dos opiniones consultivas en relación con el Africa Sudoccidental, el 7 de junio de 1955 y el 1° de junio de 1956.

El 4 de noviembre de 1960 el secretario de la Corte Internacional de Justicia recibió dos demandas, en virtud de cada una de las cuales, dirigidas contra el Gobierno de la Unión Sudafricana, se incoaba un negocio relativo a "la existencia continuada del mandato para el Africa Sudoccidental y los deberes y los actos de la Unión en su calidad de mandatario del mandato". Una fue presentada en nombre del Gobierno de Etiopía; la otra, en nombre del Gobierno de Liberia.

Como fundamento de la jurisdicción de la Corte sobre los negocios así incoados, los autores de las demandas, refiriéndose al párrafo 1 del Artículo 80 de la Carta de las Naciones Unidas, invocaban el artículo 7 del mandato del 17 de diciembre de 1920 para el Africa Sudoccidental Alemana, así como el Artículo 37 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Se estipula en el párrafo 1 del Artículo 80 de la Carta de las Naciones Unidas lo siguiente:

Salvo lo que se conviniere en los acuerdos especiales sobre administración fiduciaria concertados de conformidad con los Artículos 77, 79 y 81 y mediante los cuales se coloque cada territorio bajo el régimen de administración fiduciaria, y hasta tanto se concierten tales acuerdos, ninguna disposición de este Capítulo será interpretada en el sentido de que modifica en manera alguna los derechos de cualesquiera Estados o pueblos, o los términos de los instrumentos internacionales vigentes en que sean partes Miembros de las Naciones Unidas.

Se dispone en el artículo 7 del Acuerdo de mandato:

Cualquier modificación introducida en los términos del presente mandato habrá de ser aprobada previamente por el Consejo de la Sociedad de las Naciones; sin embargo, en el caso de las modificaciones propuestas por la Potencia mandataria, la aprobación podrá ser acordada por el Consejo por mayoría de votos.

Si surgiere una controversia entre los Miembros de la Sociedad de las Naciones acerca de la interpretación o de la aplicación de estas disposiciones y si la controversia no pudiere ser resuelta mediante negociaciones, la controversia será sometida a la Corte Permanente de Justicia Internacional, cuya institución se prevé en el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones.

En el Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones se estipula en particular lo siguiente:

“1. Los principios siguientes se aplican a las colonias y a los territorios que, como resultado de la guerra, han dejado de estar bajo la soberanía de los Estados que los administraban anteriormente y que están habitados por pueblos que no están todavía en condiciones de regirse a sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno. El bienestar y el desarrollo de estos pueblos constituyen un encargo sagrado de civilización, y conviene enunciar en el presente Pacto garantías para el desempeño de este encargo.

2. El mejor método para llevar a la práctica este principio es confiar la tutela de estos pueblos a las naciones desarrolladas que, habida cuenta de sus recursos, de su experiencia o de su situación geográfica, están en las mejores condiciones posibles para asumir esta responsabilidad y están dispuestos a aceptarla: ejercerán la tutela en calidad de mandatarios y en nombre de la Sociedad.”

El Artículo 37 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia está redactado en los siguientes términos: “Cuando un tratado o convención vigente disponga que un asunto sea sometido a una jurisdicción que debía instituir la Sociedad de las Naciones, o a la Corte Permanente de Justicia Internacional, dicho asunto, por lo que respecta a las partes en este Estatuto, será sometido a la Corte Internacional de Justicia.”

Las demandas de Etiopía y de Liberia tenían por objeto pedir a la Corte que declarara y decidiera que:

A. El Africa Sudoccidental es un territorio bajo mandato conferido por las principales Potencias aliadas y asociadas a Su Majestad Británica para ser ejercido en su nombre por el Gobierno de la Unión Sudafricana, aceptado por Su Majestad Británica actuando por cuenta del Gobierno de la Unión Sudafricana y en su nombre, y confirmado por el Consejo de la Sociedad de las Naciones el 17 de diciembre de 1920; y que dicho mandato es un tratado vigente según se define este término en el Artículo 37 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

B. La Unión Sudafricana sigue estando sometida a las obligaciones

internacionales enunciadas en el Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones y en el mandato para el Africa Sudoccidental, y que la Asamblea General de las Naciones Unidas está jurídicamente calificada para ejercer las funciones de vigilancia ejercidas antes por la Sociedad de las Naciones en lo que concierne a la administración del territorio, y que la Unión tiene la obligación de someterse a la vigilancia y al control de la Asamblea General en lo que concierne al ejercicio del mandato.

C. La Unión Sudafricana sigue estando sometida a la obligación de transmitir a las Naciones Unidas las peticiones de los habitantes del territorio y de presentar un informe anual que satisfaga a las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 6 del mandato.

D. La Unión ha introducido en las disposiciones del mandato modificaciones fundamentales sin la autorización de las Naciones Unidas; estas modificaciones son una violación del artículo 7 del mandato y del Artículo 22 del Pacto; y la autorización de las Naciones Unidas es una condición previa indispensable para cualquier acto de la Unión encaminado a modificar directa o indirectamente las disposiciones del mandato.

E. La Unión no ha acrecentado, por todos los medios a su alcance, el bienestar material y moral o el progreso social de los habitantes del territorio; este incumplimiento es una violación del artículo 2 del mandato y del Artículo 22 del Pacto; y la Unión tiene la obligación de adoptar de inmediato todas las medidas posibles para cumplir con las obligaciones estipuladas en estos artículos.

F. En la administración del territorio, la Unión ha seguido la política de *apartheid*, es decir, que ha establecido una discriminación basada en la raza, el color y el origen nacional o tribal cuando ha fijado los derechos y las obligaciones de los habitantes del territorio; que esta práctica constituye una violación del artículo 2 del mandato y del Artículo 22 del Pacto; y la Unión tiene la obligación de poner inmediatamente término a la política de *apartheid* en el territorio.

G. En la administración del territorio, la Unión ha dictado y aplicado leyes, reglamentos, órdenes y decretos administrativos que, por sus estipulaciones y aplicación, son arbitrarios, opuestos a la razón, injustos y contrarios a la dignidad humana; las medidas oficiales de la Unión antes mencionadas violan el artículo 2 del mandato y el Artículo 22 del Pacto; y la Unión tiene la obligación de derogar de inmediato y de no aplicar estas leyes, reglamentos, órdenes y decretos administrativos.

H. La Unión ha dictado y aplicado leyes, reglamentos administrativos y medidas oficiales que reducen a la nada los derechos y las libertades de los habitantes del territorio, derechos esenciales para la evolución ordenada hacia la autonomía, a la que les dan implícitamente derecho el Pacto de la Sociedad de las Naciones, las disposiciones del mandato y las normas internacionales corrientemente aceptadas y enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de Derechos Humanos; los actos de la Unión antes descritos violan el artículo 2 del mandato y el Artículo 22 del Pacto; y la Unión tiene la obligación de poner término a estos actos y abstenerse inmediatamente de realizar cualquier acto que entorpezca la institución ordenada de la autonomía en el territorio.

I. La Unión ha ejercido sobre el territorio poderes de administración y de legislación que son incompatibles con la situación jurídica interna-

cional del territorio; los actos de la Unión antes mencionados constituyen una violación del artículo 2 del mandato y del Artículo 22 del Pacto; la Unión tiene la obligación de abstenerse de realizar cualquier acto de administración y de legislación que sea incompatible con la situación jurídica internacional del territorio.

J. La Unión no ha presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas informes anuales que contengan datos relativos al territorio y que describan las medidas que ha tomado para cumplir con los compromisos contraídos en virtud del mandato; este incumplimiento es una violación del artículo 6 del mandato; la Unión tiene la obligación inmediata de transmitir informes anuales a la Asamblea General.

K. La Unión no ha transmitido a la Asamblea General de las Naciones Unidas las peticiones de los habitantes del territorio dirigidas a la Asamblea General; este incumplimiento es una violación de las normas establecidas por la Sociedad de las Naciones; y la Unión tiene la obligación de transmitir las peticiones a la Asamblea General.

La República de Sudáfrica respondió con el planteamiento de algunas excepciones dilatorias. Afirme que los Gobiernos de Etiopía y de Liberia no tenían *locus standi* para iniciar el procedimiento y que la Corte no tenía competencia para conocer de las cuestiones de derecho y de hecho planteadas en las demandas y en las memorias, en particular por los motivos siguientes:

Primero, a causa de la disolución de la Sociedad de las Naciones el mandato para el Africa Sudoccidental ha dejado de ser "un tratado o convención vigente" a los efectos del artículo 37 del Estatuto de la Corte; esta afirmación se presenta:

- a) con respecto a dicho Acuerdo de mandato en su totalidad, comprendido el artículo 7, y
- b) en todo caso, con respecto al artículo 7;

Segundo, ni el Gobierno de Etiopía ni el Gobierno de Liberia son "otro Miembro de la Sociedad de las Naciones", según se requiere en el artículo 7 del mandato para el Africa Sudoccidental para que exista *locus standi*;

Tercero, el conflicto o el desacuerdo que, según pretenden los Gobiernos de Etiopía y de Liberia, existe entre ellos y el Gobierno de la República de Sudáfrica no es, habida cuenta de su naturaleza y de su tenor, una "controversia" según lo previsto en el artículo 7 del mandato para el Africa Sudoccidental, y ello es particularmente cierto teniendo en cuenta que ningún interés material de los Gobiernos de Etiopía y de Liberia o de sus nacionales ha sido puesto en duda o ha experimentado perjuicio; *Cuarto*, teniendo en cuenta el estado de su desarrollo, el pretendido conflicto o desacuerdo no es una "controversia" que "no puede ser resuelta por negociación" a los efectos del artículo 7 del mandato para el Africa Sudoccidental.

La Corte decidió, por ocho votos contra siete, que era competente para entender en el fondo de la controversia y desechó las cuatro excepciones dilatorias.

La Corte tenía la composición siguiente Sr. Winiarski (Polonia), *presidente*; Sr. Alfaro (Panamá), *vicepresidente*; Sres. Basdevant (Francia), Badawi (República Árabe Unida), Moreno Quintana (Argentina), Wellington Koo (China), Spiropoulos (Grecia), sir Percy Spender (Australia), sir Gerald Fitzmaurice (Reino Unido), Sres. Koretsky (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas), Bustamente y Rivero (Perú), Jessup (Estados Unidos de América) y Morelli (Italia), *magistrados*; sir Louis Mbanefo y Sr. Van Wijk, *magistrados ad hoc*.

Los ocho magistrados a juicio de los cuales la Corte era competente para entender en el fondo de la controversia fueron los siguientes:

Sr. Alfaro, *vicepresidente*; Sres. Badawi, Moreno Quintana, Wellington Koo, Koretsky, Bustamente y Rivero, y Jessup, *magistrados*; sir Louis Mbanefo, *magistrado ad hoc*.

Los siete magistrados que emitieron una opinión disidente fueron los siguientes:

Sr. Winiarski, *presidente*; Sres. Basdevant, Spiropoulos, sir Percy Spender, sir Gerald Fitzmaurice y Sr. Morelli, *magistrados*; Sr. Van Wijk, *magistrado ad hoc*.

Al rechazar las cuatro excepciones dilatorias, la mayoría de los magistrados llegó a las conclusiones siguientes:

- a) los demandantes eran personas hábiles para comparecer en juicio;
- b) la Corte era competente para resolver las cuestiones de derecho y de hecho planteadas por los demandantes;
- c) el mandato es "un tratado o convención vigente" a los efectos del Artículo 37 del Estatuto. Es un acuerdo internacional, que tiene este carácter;
- d) existe entre las partes que han comparecido ante la Corte una controversia emanada de sus actitudes opuestas en relación con el cumplimiento de las obligaciones del mandato;
- e) el mandato es un acto internacional de carácter institucional;
- f) la autoridad que el demandado ejerce sobre el Africa Sudoccidental se basa en el mandato. Si el mandato ha expirado, lo mismo ocurre con la autoridad del demandado. Nada autoriza el mantenimiento de derechos y el rechazo de las obligaciones (*International Status of South West Africa, Advisory Opinion*, ICJ Reports, 1950; *South West Africa, Preliminary Objections, Judgment*, ICJ Reports, 1962, pág. 333);
- g) la obligación de someterse a una vigilancia internacional es un elemento esencial del sistema de mandatos y no puede ser excluida;
- h) la Unión Sudafricana tiene que aceptar como obligatoria la jurisdicción de la Corte de conformidad con el Artículo 37 del Estatuto y con el párrafo 1 del Artículo 80 de la Carta (*International Status of South West Africa, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950);

- i) la Corte mantuvo en 1962 la conclusión a que había llegado unánimemente en 1950 y según la cual el artículo 7 está "todavía en vigor (*South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1962*, pág. 334);
- j) el deber de aceptar su jurisdicción como obligatoria fue transferida efectivamente, con respecto a la Corte Internacional de Justicia, antes de la disolución de la Sociedad de las Naciones;
- k) el mandato en su conjunto, comprendido naturalmente el artículo 7, sigue en vigor;
- l) la protección judicial del "encargo sagrado de civilización" era uno de los aspectos esenciales del sistema de mandatos; el deber y el derecho de velar por el cumplimiento de este encargo fueron asignadas a la Sociedad de las Naciones, a sus órganos y a todos sus Miembros;
- m) en el caso de que el mandatario hubiera ejercido su veto en virtud de la regla de la unanimidad (Artículos 4 y 5 del Pacto), el único medio existente para defender los intereses de los habitantes del territorio habría sido obtener una decisión de la Corte;
- n) ni el Consejo ni la Sociedad tenían derecho a comparecer en juicio ante la Corte; por ello, el único recurso eficaz para la protección del encargo sagrado era dar a uno o a varios Miembros de la Sociedad de las Naciones la posibilidad de invocar el artículo 7 y de someter la controversia a la apreciación de la Corte Permanente de Justicia. El artículo 7 tenía una función esencial como una de las garantías del sistema de mandatos;
- o) el derecho de citar a la Potencia mandataria ante la Corte Permanente fue conferido de modo especial y expreso a los Miembros de la Sociedad de las Naciones porque era el medio más seguro para lograr que la protección fuera efectiva;
- p) los términos claros y precisos del artículo 7 se refieren a cualquier diferencia relativa "a las disposiciones", es decir, al conjunto o a una cualquiera de las disposiciones;
- q) el alcance y la finalidad del artículo 7 indican que se daba por supuesto que los Miembros de la Sociedad de las Naciones tenían un derecho o interés jurídico que les autorizaba a velar por el cumplimiento de las obligaciones del mandatario hacia los habitantes del territorio;
- r) el artículo 7 tiende evidentemente, por su naturaleza, a favorecer el establecimiento de una de las "garantías para el desempeño de este encargo" mencionadas en el párrafo 1 del Artículo 22 del Pacto;
- s) la presente controversia es una controversia a los efectos previstos en el artículo 7;
- t) las negociaciones sostenidas que se han realizado durante más de diez años ante la Asamblea General y otros órganos de las Naciones Unidas alcanzaron un punto crítico antes del 4 de noviembre de 1960, y esta crisis persiste. No se puede creer razonablemente

que nuevas negociaciones harían posible llegar a una solución;

u) las conferencias diplomáticas – es decir, la diplomacia parlamentaria – han sido reconocidas como uno de los medios corrientes para el desarrollo de negociaciones internacionales, y cuando las cuestiones litigiosas interesan a la vez a un grupo de Estados a un lado y a otro de un cuerpo organizado, esta diplomacia ha manifestado a menudo ser la vía más práctica de negociación. Cuando está planteada una cuestión que tiene consecuencias para los intereses mutuos de muchos Estados, no hay ningún motivo en virtud del cual cada uno de ellos deba aceptar el formalismo y la apariencia de una negociación directa con el Estado al que se oponen, si han participado ya en las negociaciones colectivas con ese Estado adversario;

v) la Corte ha llegado a la conclusión de que el artículo 7 es un tratado o convención vigente y que no es de prever que la controversia será resuelta por medio de negociaciones. Por consiguiente, la Corte se ha declarado competente para entender en el fondo de la controversia.

Empezó entonces la segunda fase del procedimiento. La Corte oyó los informes de los abogados y las partes expusieron detenidamente sus argumentos; los hechos fueron examinados minuciosamente, las cuestiones de derecho fueron analizadas con esmero y rigor, los testigos y los expertos prestaron declaración. El despacho de los asuntos duró muchos meses. Por último, el 18 de julio de 1966 la Corte dictó su fallo.

El fallo de la Corte fue dictado bajo la presidencia de sir Percy Spender (Australia); los magistrados que emitieron una opinión favorable fueron: los Sres. Winiarsky (Polonia), Spiropoulos (Grecia), sir Gerald Fitzmaurice (Reino Unido), los Sres. Morelli (Italia), Gros (Francia) y Van Wijk. Los otros siete magistrados, a saber, los Sres. Wellington Koo (China), Koretsky (Unión Soviética), Tanaka (Japón), Jessup (Estados Unidos de América), Padilla Nervo (México), Forster (Senegal) y sir Louis Mbanefo emitieron opiniones disidentes. El Sr. Van Wijk y sir Louis Mbanefo eran los magistrados *ad hoc*; el primero había sido nombrado por Sudáfrica; el segundo por Liberia y Etiopía.

La Corte se dividió en dos grupos iguales; en consecuencia, el presidente aplicó lo dispuesto en el Artículo 55 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en caso de empate y decidió con su voto en favor de la argumentación sobre la que se basa el fallo de la Corte.

La composición de la Corte Internacional de Justicia, en el momento de dictar el fallo era un tanto distinta de la composición que tenía al dictar su fallo preliminar en 1962. Esta diferencia en cuanto a la composición de la Corte reviste gran importancia para el estudio del asunto presente, habida cuenta de que el fallo prelimi-

nar de 1962 fue dictado por una mayoría de 8 votos contra 7 y que el fallo definitivo de 1966 ha sido dictado por 7 votos contra 7; en efecto, la tesis defendida por Etiopía y Liberia fue rechazada por el voto decisivo del presidente en favor de la tesis contraria. Los círculos jurídicos internacionales han reaccionado con viva preocupación al ver que se pueden dictar fallos de la mayor importancia y del mayor interés por mayoría muy reducida e inclusive por el voto decisivo del presidente, o bien que pueden depender de cambios en la composición de la Corte durante la sustanciación del asunto, a causa en particular de la expiración del mandato de algunos magistrados, de las dimisiones o de fallecimiento (así ocurrió con el Sr. Badawi, de la República Arabe Unida, que era magistrado en el momento de dictarse el fallo preliminar, pero murió antes de la terminación del asunto); algunos se han preguntado si, mediante la modificación del Estatuto de la Corte o por otros procedimientos, sería posible instituir un mayor grado de certeza en la administración del derecho internacional por el órgano judicial principal de las Naciones Unidas.

Es necesario referirse al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para comprender el motivo de que la composición de la Corte durante los debates y en el momento de dictarse el fallo preliminar fuera distinta de la composición durante las audiencias y en el momento de dictarse el fallo definitivo en julio de 1966.

Se dispone en el Estatuto que la Corte será un cuerpo de magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean juriscultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional. La Corte se compone de quince miembros, de los cuales no podrá haber dos que sean nacionales del mismo Estado. Los miembros de la Corte son elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de una nómina de candidatos propuestos por los grupos nacionales de la Corte Permanente de Arbitraje de conformidad con ciertas disposiciones y procedimientos. En toda elección, los electores tendrán en cuenta no sólo que las personas que hayan de elegirse reúnan individualmente las condiciones requeridas, sino también que en el conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo. Los miembros de la Corte desempeñan sus cargos por nueve años, y pueden ser reelectos. El mandato de cinco magistrados expira cada tres años, de suerte que la Corte se renueva por tercios.

Sea cual fuere la opinión que se tenga del fallo de la Corte, habría sido, desde luego, más satisfactorio que la Corte hubiera adoptado una decisión en uno u otro sentido, pues parece que el fallo de 1962 había declarado que los demandantes tenían capacidad para iniciar

el negocio y el fallo de 1966, cuatro años después, que no tenían derecho a recibir respuesta. Al decidir que un país no tiene derecho a reclamar que se rectifiquen los errores cometidos en la ejecución de un mandato (si no tiene un interés directo), la Corte ha fallado, en realidad, que no podía adoptar una decisión ejecutoria en relación con las obligaciones del mandatario; aunque confiën el asunto a la Corte, las Naciones Unidas sólo pueden solicitar la emisión de una opinión consultiva que no tiene carácter obligatorio para el mandatario, como ocurrió en 1950, 1955 y 1956. En estas circunstancias, ¿cómo se podrá verificar la actuación del mandatario? Este es uno de los puntos que el fallo de la Corte puso de relieve.

Para exponer las distintas opiniones sobre el asunto y los razonamientos que precedieron a su formulación, citaremos a continuación extractos del fallo de la Corte de fecha 18 de julio de 1966 y de las opiniones de los magistrados, en relación con las cuestiones siguientes:

- A - El derecho o el interés jurídico de los demandantes en relación con el objeto de la demanda. ¿Es ésta una cuestión ya resuelta o una cuestión que se debe resolver en la fase que nos ocupa?
 - B - Elementos del sistema de mandatos y, en particular, del mandato para el Africa Sudoccidental.
 - C - ¿Tienen los demandantes un derecho ó interés jurídico que les autorice a reclamar la ejecución de las disposiciones del mandato?
 - D - ¿Se ha acabado el mandato?
 - E - ¿Es la política de *apartheid* aplicada por el mandatario una vulneración de las estipulaciones del mandato?
- A - El derecho o el interés jurídico de los demandantes en relación con el objeto de la demanda. ¿Es ésta una cuestión ya resuelta o una cuestión que se debe resolver en la fase que nos ocupa?**

Extractos del fallo de la Corte ²

"2. En una fase anterior del asunto, la desarrollada ante la Corte en 1962, se propusieron cuatro excepciones dilatorias fundadas en el Artículo 37 del Estatuto de la Corte y en la cláusula definidora de la jurisdicción en el mandato para el Africa Sudoccidental (art. 7, párr. 2), que el demandado sostuvo y que la Corte consideró en su totalidad como cuestiones de competencia. Por auto del 21 de diciembre de 1962, la Corte rechazó todas las excepciones y dijo que era "competente para conocer del fondo de la controversia"."

"4. La Corte ha estudiado los escritos y los informes verbales de las Partes y ha procurado determinar el orden en que convenía

² *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 17 a 19.

examinarlos. A este respecto, se plantea una cuestión relacionada con el fondo, pero que tiene carácter previo: se refiere a la condición de los demandantes en la fase actual del procedimiento; en realidad, no se plantea la cuestión de determinar la capacidad de los demandantes para comparecer ante la Corte, cuestión resuelta por el fallo de 1962, sino de la cuestión de fondo relativa a su derecho o interés jurídico en relación con el objeto de la demanda, tal y como ha sido enunciada en sus conclusiones finales.”

“5. A pesar del carácter prioritario de esta cuestión, la Corte no podía examinarla antes de que las Partes hubieran presentado su argumentación sobre el conjunto de las cuestiones de fondo . . .”

“6. Después de haber examinado las Partes todos los elementos del litigio, la Corte tiene la obligación de examinar primero las cuestiones que revisten la mayor importancia, es decir, que una decisión con respecto a una de ellas puede privar de utilidad todo examen de los demás aspectos del asunto. Dos cuestiones tienen esta importancia en el caso presente. Por un lado, se trata de saber si el mandato subsiste, como han sostenido los demandantes en su conclusión final núm. 1; en efecto, si no fuera ésta la situación, huelga decir que carecerían automáticamente de objeto los agravios, fundados en las infracciones del mandato, que reprochan al demandado. Ahora bien, la tesis relativa al mantenimiento en vigor del mandato sólo es un elemento del conjunto de la demanda enunciada en las conclusiones finales de los demandantes, pues solamente ha sido formulada en relación con los demás elementos de la demanda, de la que constituía la base necesaria. Por este motivo, la otra cuestión, que se refiere, como ya se ha señalado, al derecho o al interés jurídico de los demandantes en relación con el objeto de la demanda, tiene mayor importancia fundamental.”

“7. Por consiguiente, esta última cuestión es la que la Corte examinará seguidamente. Con todo, la Corte quiere precisar previamente que, al determinar en el presente fallo, cuáles son, entre las disposiciones del mandato para el Africa Sudoccidental, las que confieren un derecho o un interés jurídico a los demandantes, no resolverá en absoluto la cuestión del mantenimiento en vigor del mandato y no la prejuzgará en ningún sentido. Conviene subrayar además que la decisión adoptada por la Corte en 1962 sobre la competencia no prejuzgaba tampoco la cuestión del mantenimiento del mandato, que es una cuestión de fondo. Esta cuestión no se planteaba en 1962, salvo en el sentido de que la Corte debía dar por supuesto el mantenimiento del mandato a fin de resolver el problema exclusivamente jurisdiccional, que era al único sometido entonces a su atención. En el procedimiento de 1962 el demandado manifestó netamente que ésta era la hipótesis de la que partía para abordar la cuestión de la competencia; se observa de nuevo la misma idea, en las conclusiones finales núms. 1 y 2 que los demandantes han formulado en la fase

actual y en las cuales han invitado a la Corte a declarar en particular que el mandato subsiste y que el demandado sigue estando obligado a cumplir las obligaciones en él estipuladas. Además, uno de los elementos principales de la tesis sostenida por el demandado en relación con la cuestión de fondo ha consistido en argüir que, por no existir ya el mandato, el demandado no tiene ya obligaciones en virtud de este instrumento y, por consiguiente, su violación es imposible. Esta es una cuestión que, por motivos que la Corte expondrá más adelante en relación con otro punto pero que son también válidos al respecto, no puede ser resuelta definitivamente por una decisión relativa a un punto exclusivamente preliminar de competencia.”

“8. En las conclusiones finales que ha presentado en el caso presente, el demandado se ha limitado a solicitar que se rechacen las conclusiones finales de los demandantes en su conjunto y cada una de ellas en particular. Sin embargo, conviene señalar, por un lado, que la Corte tiene el derecho de fijar por su cuenta los motivos de sus decisiones, como se reconoce implícitamente en el párrafo 2 del Artículo 53 de su Estatuto, y, por otro lado, que en la primera presente fase del asunto el demandado ha puesto en tela de juicio, en particular en sus escritos, el derecho o el interés jurídico de los demandantes en relación con el objeto de la demanda, lo que en esta fase del procedimiento no puede ser por su parte un simple argumento para oponerse a la aplicación de la cláusula del mandato relativa a la jurisdicción. En sus conclusiones finales, el demandado se ha fundado en particular en las “consideraciones de hecho y de derecho enunciadas en los escritos y en los informes” para invitar a la Corte a que no hiciera ninguna de las declaraciones propuestas por los demandantes.”

*Extractos de la opinión individual del magistrado Morelli (Italia)*³

“1. Deseo exponer los motivos por los cuales el fallo dictado por la Corte en 1962 sobre las excepciones dilatorias no constituía, a mi juicio, un obstáculo que se opusiera a la desestimación de la demanda por una consideración fundamental, a saber, que no se basaba en derechos subjetivos sustanciales de los demandantes.

“Entiendo que un fallo respecto de las excepciones dilatorias, en particular un fallo que, como el que estamos examinando, rechaza las excepciones dilatorias propuestas por una de las partes, es definitivo y obligatorio en relación con el resto del procedimiento. Este carácter obligatorio se circunscribe, sin embargo, a las cuestiones que han sido resueltas, cuestiones que sólo pueden referirse al

³ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 59 a 66.

carácter de admisibilidad de la demanda o a la jurisdicción de la Corte.

“Al contrario, los motivos en los que la Corte se funda para resolver una cuestión que ha sido planteada por una excepción dilatoria carecen de todo carácter obligatorio. Esta limitación del valor obligatorio del fallo se refiere a todos los motivos de la decisión, sea cual fuere su naturaleza. Se aplica tanto a las consideraciones de hecho como a las consideraciones de derecho, tanto a los aspectos procesales como a los aspectos relacionados con el fondo del asunto. Con relación a estos últimos, existe una consideración complementaria que aboga también por la exclusión de todo carácter obligatorio: teniendo en cuenta que, en virtud del párrafo 3 del artículo 62 del Reglamento, el acto en virtud del cual se propone una excepción dilatoria tiene por efecto suspender el procedimiento relativo a la cuestión de fondo, es imposible que una cuestión de fondo sea resuelta con carácter definitivo mediante un fallo sobre las excepciones dilatorias.”

“2. Es menester interpretar el fallo de 1962 para precisar el alcance de la decisión adoptada respecto de la cuestión planteada a la Corte por la tercera excepción dilatoria. Lo que se pretende, en particular, es saber si, al rechazar esta excepción, la Corte ha querido afirmar que el poder de actuar que emana del artículo 7 del mandato es independiente de todo derecho subjetivo sustancial, en el sentido de que puede ser ejercido sin que el demandante deba invocar la existencia de un derecho subjetivo propio. Bastaría que el demandante alegara la existencia de una obligación del mandatario, independientemente de la cuestión de saber si esta obligación existe con relación al demandante y no con relación a otros sujetos. . . .

“La decisión en virtud de la cual, según el fallo de 1962, según la interpretación que se acaba de exponer, habría reconocido a los Miembros de la Sociedad de las Naciones el poder de plantear ante la Corte la cuestión de las obligaciones del mandatario relativas a los habitantes del territorio, independientemente de la existencia de un derecho subjetivo propio del demandante, sería una decisión relativa al modo de configurar la acción que los demandantes en el presente asunto habrían ejercido legítimamente. Mediante una decisión de esta índole la Corte habría resuelto una cuestión exclusivamente procesal relativa, por un lado, al poder de acción de los demandantes y, por otro, a la jurisdicción de la Corte. La decisión no habría versado en absoluto sobre el fondo del asunto. En efecto, la Corte no habría adoptado decisión alguna sobre la existencia de derechos subjetivos sustanciales, propios de los demandantes. Habría declarado meramente que la existencia de estos derechos, no sólo no guardaba ninguna relación con la jurisdicción de la Corte, sino que era totalmente ajena a la misión que tenía confiada. Esta misión consistía en determinar la existencia, no de derechos subjetivos de los deman-

dantes, sino de obligaciones del mandatario, tanto si éstas existen en relación con los demandantes como en relación con otros sujetos.

“3. . . . El fallo de 1962 se limita a afirmar que la controversia sometida a la Corte es una controversia a los efectos del artículo 7 del mandato, sin dar ninguna indicación acerca de la manera de configurar la acción ejercitada por los demandantes.

“Lejos de excluir la necesidad de un derecho subjetivo de los demandantes para que la demanda se pueda considerar fundada, el fallo de 1962 se refiere expresamente a un derecho o interés jurídico de los miembros de la Sociedad de las Naciones en que el mandatario cumpla con sus obligaciones. Refiriéndose al artículo 7 del mandato, la Corte dice:

El alcance y el objeto manifiestos de las disposiciones de este artículo indican en efecto que se entendía por ellos que los miembros de la Sociedad de las Naciones debían tener un derecho o un interés jurídico en el que el mandatario cumpliera con sus obligaciones tanto respecto de los habitantes del territorio bajo mandato como respecto de la Sociedad de las Naciones y de sus miembros. (*ICJ Reports, 1962, pág. 343*).

“Este pasaje revela sin duda cierta confusión, por una parte, entre el derecho a comparecer en juicio, único derecho dimanante para los miembros de la Sociedad de las Naciones de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 7 del mandato, al que se refiere la Corte, y, por otra, el derecho subjetivo sustancial, derecho que parece quedar acertadamente descrito cuando se habla de un derecho o interés jurídico en que el obligado cumpla con su obligación.

“Ahora bien, sean cuales fueran las críticas que se pueda formular sobre el fallo a propósito de dicha confusión es completamente cierto que esta misma confusión excluye de modo perentorio la posibilidad de interpretar la decisión sobre la tercera excepción dilatoria, según la cual no es necesario comprobar la existencia de un derecho subjetivo sustancial de los demandantes. En efecto, desde que se comprueba que el fallo no ha distinguido entre la capacidad para comparecer en juicio y el derecho subjetivo sustancial, deja de ser posible interpretarlo en un sentido que sería diametralmente opuesto a dicha comprobación, a saber, que la capacidad para comparecer en juicio, no sólo sería completamente distinta del derecho subjetivo sustancial, sino que además sería completamente distinta del derecho subjetivo sustancial y que haría completamente abstracción del derecho subjetivo sustancial, hasta tal punto que la Corte podría considerar la demanda bien fundada incluso en el caso de que esta no se basara en un derecho subjetivo sustancial del demandante.

“4. . . .

“El artículo 7 del mandato se refiere a la hipótesis de una con-

troversia eventual entre el mandatario y otro miembro de la Sociedad de las Naciones. En el fallo se reconoce, por lo demás, que debe existir una controversia para que la Corte puede conocer de un asunto. Precisamente para verificar la existencia de esta condición en el caso presente, condición enunciada como necesaria en el artículo 7 del mandato, el fallo está destinado desde el principio a demostrar la existencia de una controversia entre las Partes (*ICJ Report 1962*, pág. 328), luego, en relación con la tercera excepción dilatoria, el fallo afirma que la controversia que se ha planteado es una controversia a los efectos del artículo 7 del mandato.

“... La necesidad de que exista una controversia entre el demandante y al mandatario implica en efecto la necesidad de que exista un conflicto de intereses entre las partes, sea cual fuere la naturaleza de estos intereses. Cuenta habida, por una parte, del carácter jurídico que la controversia debe revestir, lo que deriva de la referencia hecha por el artículo 7 a los normas de derecho enunciadas en las disposiciones del mandato, se deduce de ello que para el demandante es necesario invocar un derecho subjetivo que pueda ejercer como medio para proteger su interés.”

“6.

“En el párrafo 9 de su escrito, los demandantes dicen que, en la controversia que, según ellos, existe entre ellos y Sudáfrica, han procurado siempre afirmar y proteger su “interés jurídico por el legítimo ejercicio del mandato” al denunciar la violación por Sudáfrica de sus deberes de mandatario y al protestar contra esta violación. Los demandantes agregan que en el curso de las negociaciones que, según afirman, han sostenido se han referido constantemente al ‘interés jurídico’ que tienen por ‘el ejercicio en regla del mandato’. Para terminar, dicen que han comparecido en juicio precisamente para proteger el interés jurídico que tienen por el ejercicio en regla del mandato.

“Por consiguiente el interés jurídico o el derecho subjetivo de los demandantes por el ejercicio en regla del mandato es la *causa petendi* de la demanda. Por ello, la Corte llamada a adoptar una decisión sobre la demanda caracterizada por dicha *causa petendi*. El fallo de 1962 no ha dicho nada en contrario.”

“7. El análisis de la parte del fallo de 1962 relativa a la tercera excepción dilatoria nos lleva a la conclusión de que la decisión adoptada, consistente en desechar esta excepción dilatoria, tiene únicamente por consecuencia afirmar que la controversia sometida a la Corte, y considerada como existente por el fallo, era una controversia a los efectos del artículo 7 del mandato. La decisión no se refería en absoluto a la manera de configurar la acción dimanante de dicho artículo y ejercida por los demandantes. En particular, la decisión no confería a esta acción la configuración totalmente inusual, según la cual podía ser ejercitada sin que el demandante tuviera

que invocar la existencia de un derecho subjetivo sustancial propio.

“Se deduce de ello que, en la fase del procedimiento relativa al fondo, la Corte tenía plena libertad para resolver el problema de saber si la existencia de un derecho subjetivo sustancial de los demandantes era necesaria para que se pudiera considerar que la demanda estaba bien fundada. . . .”

“8.”

“9.”

“Ahora bien, conviene señalar que entre las diferentes cuestiones relacionadas con el fondo del asunto no existe un orden riguroso impuesto por consideraciones lógicas; el orden que se debe seguir en un caso concreto para la solución de las diferentes cuestiones de fondo está indicado más bien por consideraciones que se podría denominar de lógica y que aconsejan el empleo de los medios más sencillos para llegar a la decisión. Por lo tanto, la Corte podía comenzar en el caso presente por el examen de la cuestión de la capacidad judicial en relación con los derechos subjetivos eventuales, y obrar así en la hipótesis de que todavía existen algunas obligaciones emanadas del mandato a cargo de Sudáfrica.”

Los extractos siguientes de las opiniones disidentes del magistrado Sr. Jessup (Estados Unidos de América) y del magistrado Sr. Koretsky (Unión Soviética)⁴ son un excelente resumen de los puntos de vista contrarios sustentados por los siete magistrados que no se han sumado al fallo de la Corte acerca de la cuestión de saber si ésta podía considerar en la fase actual si los demandantes tenían o no un interés jurídico en el asunto.

*Opinión del magistrado Sr. Jessup*⁵

“Siento el más intenso respeto por la Corte -, por ello, lamento profundamente hallarme en la obligación de manifestar que considero carente de todo fundamento jurídico el fallo que, por el voto decisivo del presidente, la Corte acaba de dictar en el asunto del *Africa Sudoccidental*. A mi juicio, la Corte no está jurídicamente fundada para detenerse en el umbral del asunto y eludir la adopción de una decisión sobre la cuestión fundamental de saber si la política y la práctica del *apartheid* en el territorio bajo mandato del Africa Sudoccidental son compatibles con el desempeño del ‘encargo sagrado de civilización’ confiado a la República de Sudáfrica en calidad de mandatario.

“He llegado a la conclusión de que la Corte es competente y que los demandantes - Etiopía y Liberia - tienen capacidad procesal

⁴ Las opiniones disidentes de los magistrados Jessup y Koretsky no se exponen en párrafos numerados.

⁵ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 325 a 329.

para presentar sus demandas a la Corte y para recabar su fallo y, por ello, creo que cumplo con mis deberes de juez al examinar los problemas jurídicos planteados por el presente asunto, que ocupa la atención de la Corte desde hace seis años, y sobre cuya fase preliminar adoptó una decisión en 1962. Este examen a fondo es tanto más indispensable cuanto que estoy en desacuerdo con la Corte, no sólo en cuanto a las consideraciones jurídicas y a las interpretaciones de hecho expuestas en el fallo, sino también en cuanto a la manera general en que ha resuelto el asunto. . . .

“El fallo se basa en una consideración que no se formula en las conclusiones finales del demandado, a saber, que los demandantes no tienen ningún “derecho o interés jurídico en relación con el objeto de las presentes demandas”. Se dice que se plantea en el caso presente una cuestión relacionada con el “fondo” de la demanda y, por consiguiente, conviene analizar la naturaleza del derecho o interés jurídico en relación con el “fondo”.

“Por su fallo del 21 de diciembre de 1962, la Corte decidió que tenía “competencia para conocer en el fondo de la controversia”.

“La adopción de esta conclusión hacía necesario que la Corte rechazara las cuatro excepciones dilatorias formuladas por la parte demandada. Las rechazó efectivamente y, al hacerlo, afirmó sustancialmente lo que sigue:

1. Que el mandato para el Africa Sudoccidental constituye “un tratado o convención vigente” a los efectos del artículo 37 del Estatuto de la Corte;
2. Que, a pesar de la disolución de la Sociedad de las Naciones, Etiopía y Liberia tenían capacidad para recurrir a la jurisdicción de la Corte en virtud del segundo párrafo del artículo 7 del mandato;
3. Que la controversia entre los demandantes y el demandado era una “controversia” según se define en el segundo párrafo del artículo 7;
4. Que la extensa exposición de tesis distintas en la Asamblea General de las Naciones Unidas constituía una “negociación” a los efectos del segundo párrafo del artículo 7 del mandato y demostraba que la controversia surgida era en efecto una controversia que no podía ser resuelta por medio de una negociación con arreglo a la misma disposición del mandato.

“Después del fallo de 1962, el demandado ha presentado su contramemoria, que consta de diez volúmenes y de un volumen suplementario. Luego, los demandantes han presentado su réplica, a la cual el demandado ha contestado con su dúplica, consistente en dos volúmenes completados por otros documentos y, en particular, por lo que se denomina el informe Odendaal (557 páginas impresas en gran formato).

“Desde el 15 de marzo de 1965, la Corte ha dedicado 99 audiencias públicas al procedimiento oral, que ha comprendido los argumentos de los agentes y los abogados de las dos partes y las

declaraciones de 14 testigos.

“La Corte ha examinado el voluminoso expediente del asunto y sus deliberaciones han durado unos seis meses.

“La Corte desecha ahora este expediente acumulado a lo largo de 16 años y, *basándose en una tesis que el demandado no ha formulado en su escrito de conclusión de fecha 5 de noviembre de 1965*, decide que procede rechazar la demanda con el pretexto de que los demandantes no tienen ningún derecho o interés jurídico.

“El segundo párrafo del artículo 7 del mandato confería a cualquier Miembro de la Sociedad de las Naciones el derecho de someter a la Corte una controversia relativa a la interpretación de las disposiciones del mandato si la controversia no podía ser resuelta por negociación. Como demostraré más adelante con mayor detalle, la Corte reconoció en 1962 a los demandantes la condición de “Miembros de la Sociedad de las Naciones”. Esto es cosa juzgada y el fallo que la Corte dicta ahora no tiende a poner esta conclusión en tela de juicio. En 1962 la Corte afirmó también que el presente asunto versa sobre una controversia que no puede ser resuelta por medio de negociaciones. Esta doble conclusión tiene la misma importancia y la decisión actual no tiende a ponerla en tela de juicio. A mi entender, nadie niega que la controversia versa sobre la interpretación de las disposiciones del mandato. No comprendo cómo se puede complicar una situación tan clara con la afirmación de que las demandas presentadas requieren el cumplimiento o la ejecución de obligaciones contraídas por el demandado respecto de los demandantes. Es posible que, en efecto, las conclusiones contengan también este elemento, como se verá, pero esto no excluye empero las demandas relativas a la interpretación del mandato, formuladas al mismo tiempo.

“Puede muy bien ocurrir que se considere como completamente distinta la cuestión de saber si los demandantes deben justificar la existencia de otro derecho, título o interés como base de las demandas presentadas en este caso y tendientes a obtener de la Corte que obligue al demandado a renunciar a cierto comportamiento que violaría, según se pretende, las obligaciones jurídicas que le incumben en calidad de mandatario, pero el fallo de la Corte deniega a los demandados inclusive en la sentencia declaratoria . . .”

*Opinion del magistrado Koretsky*⁶

“No puede asociarme en absoluto al presente fallo, principalmente porque en lo esencial la Corte vuelve sobre su fallo del 21 de diciembre de 1962 relativo a los mismos asuntos, y porque de hecho lo revisa sin observar siquiera el Artículo 61 del Estatuto y sin aplicar

⁶ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 239 a 241.

el procedimiento fijado en el artículo 78 del Reglamento.

“En la parte dispositiva de su fallo, la Corte dice: “No se puede considerar que los demandantes han demostrado la existencia, en favor suyo, de un derecho o interés jurídico en relación con el objeto de las presentes demandas . . .”

“Sin embargo, la cuestión de saber si los demandantes tienen, en relación con sus demandas, un “derecho o interés jurídico” (para abreviar, me referiré a un *interés*) que les permita comparecer en juicio contra el demandado, en su condición de mandatario para el Africa Sudoccidental, quedó resuelta ya en 1962 en el curso de la primera fase – la fase jurisdiccional – del presente asunto.

“En esa época, el demandado, que alegó en su tercera excepción dilatoria que el conflicto entre las Partes “no era, cuenta habida de su naturaleza y de su tenor, una “controversia” según se entiende este término en el artículo del mandato para el Africa Sudoccidental”, agregó: “tanto más cuanto que *ningún interés concreto* de los Gobiernos de Etiopía y de Liberia, o de sus nacionales, se pone en tela de juicio o queda afectado en el caso presente” (subrayamos nosotros). Es evidente que el adjetivo “concreto” (que califica la palabra “interés”) no era utilizado en el sentido limitado de interés pecuniario.

“Al rechazar la excepción dilatoria del demandado, la Corte manifestó: “El alcance y el objetivo manifiestos de las disposiciones de este artículo (el artículo 7) indican en efecto que se entendía con ello que los Miembros de la Sociedad de las Naciones tenían un *derecho o interés jurídico* en que el mandatario cumpliera con sus obligaciones tanto en relación con los habitantes del territorio bajo mandato como en relación con la Sociedad de las Naciones y sus Miembros.” (Página 343; subrayamos nosotros.) Más adelante declaraba la Corte: “Huelga decir que la protección de los intereses concretos de los Miembros o de sus nacionales está comprendida en este marco, pero el bienestar y el progreso de los habitantes del territorio bajo mandato no son menos importantes”.

“Por consiguiente, la cuestión del interés de los demandantes en relación con sus demandas fue resuelta por la Corte en 1962 como debía serlo, cabría decir. La cuestión del *interés* de un demandante (nos referimos ahora a la capacidad de obrar) se considera, inclusive en los sistemas de derecho interno, como una cuestión jurisdiccional. Así, en el sistema jurídico francés se considera que la falta de interés del demandante es un motivo que justifica la declaración de que no ha lugar a procedimiento.

“El reglamento y la práctica de la Corte no establecen ninguna separación neta entre las cuestiones de fondo y las cuestiones de competencia. Las circunstancias concurrentes en cada caso y la presentación de las conclusiones de las Partes son indicaciones y no elementos de importancia decisiva.

“Como ya he dicho, el demandado planteó la cuestión del interés de los demandantes. La Corte resolvió esta cuestión a su debido tiempo. No consideró necesario agregarla a la cuestión de fondo, porque la naturaleza del interés de los demandados en relación con el objeto de las demandas era evidente. Las dos Partes se han ocupado de esta cuestión con el detalle suficiente. Como se verá más adelante, los demandados no han procurado obtener algo para sí; se han limitado a afirmar que tenían “un interés jurídico en lograr mediante un procedimiento judicial que no se violara el encargo sagrado de civilización creado por el mandato”. Agregar al fondo la cuestión del *interés* de los demandantes en relación con sus demandas no habría *relevado* nada nuevo, como se ha puesto claramente de manifiesto en la fase actual de la presente instancia. Conviene señalar además que en la opinión disidente del Sr. Winiarski (págs. 455 y ss.), en la opinión disidente conjunta de sir Percy Spender y de sir Gerald Fitzmaurice (págs. 548 y ss.) y en la opinión disidente del Sr. van Wyk, magistrado *ad hoc* (págs. 660 y ss.), la cuestión del interés de los demandantes es objeto de examen desde el punto de vista jurisdiccional.

“El demandado no se ha referido al problema en sus conclusiones finales con ocasión del examen a fondo. La Corte ha sido la que ha planteado la cuestión que había resuelto en 1962 y que ha vuelto así de la fase del examen a fondo a la fase jurisdiccional. En consecuencia, la puerta abierta en 1962 para dar a la Corte la posibilidad de resolver la controversia, que es su misión según el Artículo 38 del Estatuto, y de llegar a una decisión que habría tenido una importancia vital para los pueblos del Africa Sudoccidental y para los pueblos de los demás países que siguen aplicando una política oficial de discriminación racial ha sido cerrada por la Corte con la misma llave que había utilizado para abrirla en 1962.

“¿Tiene el fallo dictado por la Corte en 1962 fuerza obligatoria para la Corte?

“Este fallo no sólo es obligatorio para las Partes (Art. 59 del Estatuto), sino que además es definitivo (Art. 60 del Estatuto). Por ser definitivo, se puede decir que es también definitivo para la Corte, a menos que lo revise en las condiciones y de conformidad con el procedimiento que se definen en el Artículo 61 del Estatuto y en el artículo 78 del reglamento.

“Cuando se examina el sentido del principio de la autoridad de de la cosa juzgada y la posibilidad de aplicarlo en la práctica judicial internacional, se limita a menudo su alcance con la indicación de que una sentencia determinada no se puede considerar como obligatoria para otros Estados o en otras controversias. A veces se olvida con excesiva facilidad que, como se ha dicho, la cosa juzgada se ha de considerar no sólo como una obligación (*pro obligatione habetur*), sino también como una verdad (*pro veritate*). Ahora bien, es

imposible que lo que hoy es para la Corte una verdad deje de serlo mañana. Una decisión obliga no sólo a las partes en un asunto determinado, sino también a la Corte. No se puede olvidar que el principio de la inmutabilidad, de la continuidad de las decisiones judiciales definitivas, que tiene tanta importancia para los tribunales nacionales, tiene una importancia todavía mayor para los internacionales. La práctica de la Corte Permanente y de la actual Corte pone de manifiesto la inmensa trascendencia que estos órganos han atribuido o atribuyen a los fallos anteriores, a sus motivos y a las opiniones expresadas. Conviene inclusive examinar la cuestión de saber si una opinión consultiva de la Corte, que no es obligatoria para la entidad que la ha pedido, obliga a la Corte no sólo *vi ratio-nis*, sino también *ratione vis*.

“¿Es posible realmente considerar que, en un fallo, sólo la parte dispositiva es obligatoria y que los motivos no lo son? Se podría decir que la parte dispositiva de un fallo enuncia raras veces puntos de derecho. Se podría decir además que los motivos, las razones y las justificaciones de un fallo son la parte motivada de la decisión. Las dos partes de un fallo – la expositiva y la dispositiva – no están separadas una de otra. Cada una de ellas es un elemento constitutivo de la sentencia en su conjunto. Merece la pena recordar lo estipulado en el Artículo 56 del Estatuto: “El fallo será *moti-vado*”. (Itálicas nuestras.) Este texto prueba que los motivos tienen fuerza obligatoria pues son una parte obligatoria del fallo, y precisa al mismo tiempo la *naturaleza* de los motivos que deberían tener fuerza obligatoria. Son los motivos en que se basa la parte dispositiva. En algunos casos con denominados *considerandos*. Son los motivos que constituyen los fundamentos de una decisión de la Corte y cuya función es de tanta importancia que su modificación o transformación privaría enteramente de base a la decisión enunciada en la parte dispositiva y esta decisión se derrumbaría como un edificio sin cimientos.

“...”

B – Elementos del sistema de mandatos y, en particular, del mandato para el Africa Sudoccidental

*Extractos del fallo de la Corte*⁷

“10. Como es sabido, el sistema de los mandatos ha sido creado oficialmente por el Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones. Como se indica en ese texto, se instituían mandatos de tres categorías, los denominados respectivamente mandatos A,

⁷ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 20 y 23.

B y C; el mandato para el Africa Sudoccidental pertenecía a la categoría C. Las diferencias entre estas categorías estribaban en el carácter y la situación geográfica de los territorios, en el grado de desarrollo de sus pueblos y en los poderes conferidos en consecuencia a las autoridades administradoras, es decir, a los mandatarios. Si bien el sistema como tal fue establecido por el Artículo 22 del Pacto, las disposiciones de cada uno de los mandatos y definidoras, respecto del territorio correspondiente, de los derechos y las obligaciones del mandatario, los de la Sociedad de las Naciones y de sus órganos, así como los de los Miembros de esta organización individualmente considerados, fueron enunciadas en distintos instrumentos de mandato que, salvo la excepción mencionada más adelante, revistieron la forma de resoluciones del Consejo de la Sociedad de las Naciones.

"11. A pesar de las diferencias que se podía observar entre algunas de sus disposiciones, esos instrumentos tenían una estructura análoga. A los efectos del presente fallo, se puede considerar que sus disposiciones fundamentales se distribuían en dos grandes categorías. Por un lado, y éste era desde luego el principal elemento de cada uno de los instrumentos, había los artículos donde se definían las atribuciones del mandatario, sus obligaciones respecto de los habitantes del territorio y sus obligaciones respecto de la Sociedad de las Naciones y los órganos de ésta. Estos artículos, que se referían a la ejecución de los mandatos como tales, se denominarán en adelante *disposiciones relativas a la gestión de los mandatos* o, más brevemente, *disposiciones relativas a la gestión*. Por otro lado, había los artículos que conferían directamente a los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones a título individual o en beneficio de sus nacionales, en medida diferente según el mandato o la categoría del mandato, algunos derechos en relación con los territorios bajo mandato. Muchos de estos derechos eran análogos a los que se enuncian corrientemente en algunas cláusulas de los tratados de establecimiento, de comercio y de navegación que los Estados conciertan entre sí. Las disposiciones relativas a estos derechos, que se refieren a *intereses especiales*, de denominarán en adelante *disposiciones de los mandatos relativas a los intereses especiales*. En el caso de los mandatos A y, sobre todo, de los mandatos B, los derechos de este género se enuncian en gran número y ocupaban un lugar prominente; como se verá más adelante, este hecho tenía también importancia en relación con los mandatos C, a pesar de que las únicas disposiciones relativas a intereses especiales fueran los que se referían a la facultad atribuida a los misioneros "súbditos o ciudadanos de un Miembro de la Sociedad de las Naciones... para entrar, circular y residir en el territorio con objeto de desempeñar su ministerio" (mandato para el Africa Sudoccidental, art. 5). En el caso presente, la controversia entre las Partes se refiere exclusiva-

mente a la primera de las dos categorías de disposiciones indicadas y no a la segunda.

"12. La distinción general que se acaba de exponer tenía un carácter real, más aún, evidente. El hecho de que las disposiciones de algunos mandatos pudieran pertenecer a las dos categorías, entre ellas la cláusula sobre la libertad de acceso de los mandatos A y B, no menoscaba en absoluto el valor o la importancia de la distinción. Las disposiciones de esta índole pertenecían a la primera categoría si se consideraba el aspecto de la gestión de los mandatos; pertenecían a la segunda, la de los intereses especiales, si se consideraban las ventajas comerciales concedidas a los Miembros de la Sociedad de las Naciones y a sus nacionales. Naturalmente, las cláusulas comerciales podían tener un efecto beneficioso para los territorios bajo mandato y para sus habitantes, en la medida en que su aplicación por los Estados Miembros tenía consecuencias favorables para el desarrollo económico o industrial de los territorios. En este sentido y en esta medida, las disposiciones podían contribuir indudablemente al cumplimiento de los objetivos de los mandatos; por consiguiente, su ejecución en regla por los mandatarios interesaba a la Sociedad de las Naciones y a sus órganos competentes en materia de mandatos. Ahora bien, este aspecto era accesorio y no ha constituido jamás su fin principal. Este consistía en favorecer los intereses de los Miembros de la Sociedad de las Naciones y de sus nacionales. Una acción o una intervención de los Estados Miembros en la materia sólo podía tender a conseguir este objetivo, y no a hacer ejecutar los mandatos en sí.

"13. Además de las categorías de disposiciones que se acaban de describir cada instrumento de mandato contenía una cláusula definidora de la jurisdicción, redactada en términos idénticos, salvo la excepción que se indicará en el momento oportuno, tanto si el mandato pertenecía a la categoría A, a la categoría B o a la categoría C. Esta cláusula, cuyo texto y efectos se examinarán más adelante, atribuía la solución de las controversias a la Corte Permanente de Justicia Internacional; ahora bien, como ya se ha señalado, la Corte actual ha decidido en la primera fase del asunto que, por aplicación del Artículo 37 de su Estatuto, constituía la jurisdicción competente en lugar de la Corte Permanente. Otra característica común de los mandatos era la de contener una cláusula en virtud de la cual era necesaria la autorización del Consejo para modificar sus disposiciones. Por último, conviene poner de relieve una característica privativa de los mandatos C: por eso, se prescribía tanto en el Artículo 22 del Pacto como en una de las disposiciones de estos mandatos que, a condición de cumplirse algunos requisitos sin importancia a los efectos presentes, los mandatarios de la categoría C administrarían los territorios bajo mandato "como parte integrante de su territorio"."

El magistrado Sr. Tanaka (Japón), que expuso una opinión disidente,⁸ ha hecho las observaciones siguientes sobre la naturaleza social y jurídica, así como sobre las características del sistema de los mandatos.

“El sistema de los mandatos creado por el Pacto de la Sociedad de las Naciones se puede concebir como un sistema original de administración aplicado a ciertas posesiones subdesarrolladas de ultramar que habían pertenecido inicialmente a Estados participantes en la primera guerra mundial. Según el fallo dictado en 1962 en el asunto del *Africa Sudoccidental*:

Los principios esenciales del sistema de los mandatos consisten por encima de todo en el reconocimiento de algunos derechos de los pueblos de los territorios subdesarrollados; en la institución de un régimen de tutela ejercido sobre cada uno de estos pueblos por una nación desarrollada, en calidad de “mandatario” y “en representación de la Sociedad de las Naciones”, y en el reconocimiento de un “encargo sagrado de civilización”, que incumbe a la Sociedad como colectividad internacional organizada y a sus Estados Miembros. Este sistema tiene por objetivo manifiesto el bienestar y el desarrollo de estos pueblos y está completado por garantías que aseguran la protección de sus derechos. (*ICJ Reports, 1962, pág. 329*).

“La idea de que las Potencias conquistadoras tienen la noble obligación de tomar a su cargo los pueblos autóctonos de los territorios conquistados y de propulsar su bienestar ha tenido gran difusión desde hace muchos siglos, por lo menos desde los tiempos de Vitoria. Sin embargo, hubo que aguardar hasta el tratado de paz con Alemania concertado en Versalles en 1919 y hasta la creación de la Sociedad de las Naciones para que esta idea se concretara en la forma de una institución internacional, el sistema de los mandatos, y se tradujera en una mecanismo de aplicación importante y complejo. Disuelta la Sociedad de las Naciones, la misma idea y los mismos principios han hallado de nuevo expresión en el “régimen internacional de administración fiduciaria” definido en la Carta de las Naciones Unidas.

“Los principios esenciales del sistema de los mandatos, al que acabamos de referirnos, tienen importancia si se quiere definir la naturaleza y las características del mandato como institución jurídica.

“No es éste el lugar apropiado para elaborar de modo más o menos perfecto una definición o concepción del mandato. Bastará que nos limitemos a los diversos puntos que es indispensable precisar para resolver la cuestión que nos interesa.

“El sistema de los mandatos es extremadamente complejo, tanto

⁸ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966, págs. 264 a 268*. La exposición disidente del Sr. Tanaka no se expone tampoco en párrafos enumerados.

desde el punto de vista de sus objetivos como desde el punto de vista de su estructura. Como sus objetivos consisten en acrecentar el bienestar y el progreso social de los habitantes de algunos territorios, lo que constituye un encargo sagrado de civilización, el mandato guarda una estrecha relación, por su contenido y por sus fines, con casi todas las esferas de la vida social y cultural del hombre. La política, el derecho, la moral, la religión, la instrucción, la estrategia, la economía y la historia se entremezclan unos con otros para formar un conjunto complejo e indisoluble. Para la Corte, lo que conviene es saber cómo se debe hacer la distribución entre lo que tiene carácter jurídico y lo que es extrajurídico, en particular la política, que debe quedar fuera del ámbito jurídico; por lo demás, volveremos más lejos sobre esta cuestión.

“Desde el punto de vista de su estructura, el sistema de los mandatos es extremadamente complejo. Las partes en el mandato considerado como tratado o convención son, por un lado, la Sociedad de las Naciones y, por otro, el mandatario, en el caso presente el demandado. Este ha recibido el mandato para el Africa Sudoccidental “en representación de la Sociedad de las Naciones”. Además de estas partes, hay otras personas que, de un modo u otro, están relacionadas con el mandato, en particular las que colaboran en la aplicación o en la buena marcha del sistema, entre ellas las principales Potencias aliadas y asociadas a las cuales fueron cedidos estos territorios de conformidad con el Tratado de paz, los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones y las personas interesadas como beneficiarios, es decir, los habitantes de los territorios bajo mandato. La cuestión de saber si las Naciones Unidas y sus Estados Miembros pueden ser considerados como interesados, y en qué medida, es una de las cuestiones que la Corte debe resolver.

“El mandato constituido por este conjunto de elementos de carácter personal que acabamos de definir constituye un complejo de intereses de diversas categorías. La Sociedad de las Naciones y el mandatario, en calidad de partes en el mandato, tienen el mismo interés por la ejecución en regla de sus disposiciones. Los habitantes de los territorios bajo mandato, en calidad de beneficiarios, tienen un interés capital en su ejecución.

“El mandatario ejerce los derechos de tutela que le han sido atribuidos sobre los pueblos confiados a su cuidado, no por cuenta propia, sino en representación de la Sociedad de las Naciones. Cumplir el “encargo sagrado de civilización” corresponde a un interés público. La Sociedad de las Naciones desempeña la función de órgano político de la colectividad internacional, guardiana de este género de interés público.

“Dotado de esta estructura de carácter personal y real, el mandato reviste, desde múltiples puntos de vista, características que le diferencian de los demás tipos de tratados.

“En primer lugar, el mandato tiene por objeto crear entre las partes cierta relación de orden jurídico cuyos fines son diferentes de los que caracterizan los tratados comerciales que prevén dos clases de prestaciones recíprocas y destinadas a extinguirse a consecuencia de su ejecución simultánea por los contratantes. Estos fines consisten en alcanzar un objetivo común que corresponde a un “encargo sagrado de civilización”. En este sentido, al mandato reviste características análogas a los tratados constitutivos de derecho, definidos por Oppenheim como los tratados “concertados con objeto de crear nuevas normas de derecho internacional” (Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, 1930; pág. 357).

“Lo que representa para las partes en el acuerdo de mandato un “encargo sagrado de civilización” es el acrecentamiento del bienestar material y moral, así como del progreso social de los habitantes del territorio ”que no son todavía capaces de regirse a sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno.”

“El mandato constituye un método o mecanismo jurídico que permite conseguir los fines humanitarios antes enunciados. Por lo tanto, entre las dos partes en el acuerdo de mandato no existe ningún conflicto fundamental de intereses ni “un intercambio de prestaciones equivalentes” como en los contratos sinalagmáticos (véase la opinión individual del magistrado Bustamante en los asuntos del *Africa Sudoccidental*, *ICJ Reports*, 1962, págs. 357 y 359) o en los contratos de carácter conmutativo. El acuerdo de mandato se caracteriza más bien por la unión de dos declaraciones multilaterales, por la Sociedad de las Naciones y por el mandatario respectivamente, es decir, por un proceso análogo al que se observa en el caso de la creación de una sociedad civil o de una sociedad anónima. Diremos de paso que ello no nos parece impedir en absoluto que se considere el acuerdo de mandato como una especie de tratado o convención.

“De todos modos, la característica que conviene señalar destaca netamente del hecho de que se puede considerar a la Sociedad de las Naciones como un colaborador del mandatario, habida cuenta del poder que se le confía para vigilar y aconsejar al mandatario en la ejecución de sus obligaciones.

“

“En segundo lugar, el hecho de que el acuerdo de mandato tenga el carácter de acuerdo a largo plazo lo hace diferente de los demás tipos de contratos. Esta característica se explica por la naturaleza misma de los objetivos del sistema de los mandatos, el acrecentamiento del bienestar material y moral y del progreso social de los territorios bajo mandato, no se pueden lograr al instante, ni siquiera en un lapso de tiempo determinado.

“En tercer lugar, el acuerdo de mandato exige que el manda-

tario tenga un sólido sentido moral en la ejecución de su misión, como en el caso de la tutela, la curatela y el depósito. "El mandatario acrecentará, por todos los medios a su alcance, el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio...": las obligaciones que incumben al mandatario son de orden ético, por lo tanto ilimitadas. El acuerdo de mandato es un contrato que, por su naturaleza, se rige por la buena fe. El cumplimiento de este contrato requiere el máximum de prudencia y de tacto.

"Se desprende de lo que antecede que, inclusive si se han confiado al mandatario "plenos poderes de administración y de legislación sobre el territorio", lo que se hace destacar en este sistema son las obligaciones del mandatario y no sus derechos.

"Precisando esta particularidad del sistema de los mandatos, se declara en el fallo de 1962 lo siguiente:

Los derechos del mandatario relativos al territorio bajo mandato y a sus habitantes se fundan en las obligaciones del mandatario y, por así decir, no son sino simples instrumentos para el desempeño de sus obligaciones. (*ICJ Reports, 1962, pág. 329*).

"El Sr. Bustamante ha subrayado con mucho acierto (*ibid.*, pág. 357) la importancia del elemento *responsabilidad* con relación al elemento *derecho* en la función del mandatario. Este sólo debe ejercer sus atribuciones con el exclusivo objeto de fomentar el bienestar y el progreso de los habitantes del territorio, y no para conseguir objetivos egoístas. Como ha dicho el Sr. Quincy Wright: "Se reconoce que los mandatos, como han sido concebidos en el Pacto, exigen del mandatario que no derive ningún beneficio directo de su gestión del territorio". Esto es lo que se denomina el "principio de la administración desinteresada" (Quincy Wright, *op. cit.*, págs. 452 y 453).

"Habida cuenta de la naturaleza y las características del sistema de los mandatos y del acuerdo de mandato según los hemos expuesto más arriba, podemos llegar a la conclusión de que, si bien no se puede negar la existencia de elementos contractuales en el mandato, predominan empero los elementos institucionales. No se puede explicar por entero el contenido y el objetivo del sistema de los mandatos teniendo únicamente a la vista el factor contractual, es decir, individual y subjetivo; conviene considerar también su aspecto institucional, es decir, colectivo y objetivo. Desde esta perspectiva, nos hallamos según lord McNair, en presencia de:

algunos derechos de posesión y de gobierno (administrativos y legislativos) que son válidos *in rem erga omnes*, es decir, respecto del mundo entero o, por lo menos, respecto de cualquier Estado que era Miembro de la Sociedad o que reconocía el mandato, sea cual fuere la forma del reconocimiento. (*ICJ Reports, 1950, pág. 156*).

“Desde el punto de vista exclusivamente contractual e individualista, el mandato sería un vínculo de orden personal entre las dos partes, que sólo podría existir si las partes siguieran también existiendo. Por ejemplo, en el derecho privado el contrato de mandato se acaba por muerte del mandatorio. En cambio, como hemos visto más arriba, el mandato internacional constituye, no sólo un vínculo, sino también una institución objetiva que comprende diversos tipos de intereses y de valores y que conserva una existencia independiente con respecto a terceros. El mandato, considerado como institución, carece de elemento personal y no puede depender de la voluntad de las partes, que no pueden disponer del mandato a su arbitrio, porque contiene un valor humanitario, a saber, la necesidad de acrecentar el bienestar material y moral de los habitantes del territorio. Estas particularidades del mandato explican por qué era necesario limitar, en cierta medida, la posibilidad de modificar las disposiciones del mandato y exigir con este objeto la autorización del Consejo de la Sociedad de las Naciones (párrafo 1° del artículo 7 del mandato).”

C – ¿Tienen los demandantes un derecho o interés jurídico que les autorice a reclamar la ejecución de las estipulaciones del mandato?

*Extractos del fallo de la Corte*⁹

“14. . . . La cuestión por resolver es saber si, según las modalidades de los instrumentos de mandato y el sistema de los mandatos en su conjunto, los Miembros de la Sociedad de las Naciones, comprendidos los demandantes en el presente asunto, tenían individual y distintamente un derecho o interés jurídico – por oposición a un interés político – que les permita reclamar la ejecución de las estipulaciones del mandato relativas a la gestión, o bien si se debe considerar que esta función correspondía exclusivamente a la Sociedad de las Naciones y no a cada uno de los Estados Miembros de modo distinto e independiente. En otros términos, lo que se pretende es saber si los mandatarios tenían una obligación directa respecto de las demás Miembros de la Sociedad de las Naciones a título individual en lo que se refiere a las disposiciones de los mandatos relativas a la gestión.

“15. Si se desprende de la respuesta a esta pregunta que no se puede considerar que los demandantes tuvieran el derecho o interés jurídico invocado, se deducirá de ello que, incluso en la hipótesis de que se comprueben las diversas infracciones del man-

⁹ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 22 a 30.

dato para el Africa Sudoccidental que se atribuyen al demandado, los demandantes estarán en condiciones de obtener por consiguiente de la Corte las declaraciones que solicitan en sus conclusiones finales

“16. Los demandantes comparecen ante la Corte en calidad de ex Miembros de la Sociedad de las Naciones, y los derechos que reivindican son los derechos de que, a su juicio, disfrutaban los Miembros de la Sociedad de las Naciones en la época de su existencia. Por consiguiente, para determinar los derechos y los deberes pasados y presentes de las Partes con respecto al mandato – suponiendo que éste tenga todavía vigencia, pero sin prejuzgar la cuestión – para determinar en particular si suponen, para los demandantes, el derecho de exigir la ejecución en regla de las disposiciones relativas a la gestión del mandato y, para el demandado, la obligación de responder de la administración del mandato ante los demandantes, la Corte se debe situar en la época en que se instituyó el sistema de los mandatos y en que se redactaron los instrumentos de mandato. Debe tener en cuenta las condiciones reinantes en esa fecha, que es la fecha crítica, y de los propósitos que los interesados parecen haber tenido o que razonablemente puede atribuírseles teniendo en cuenta las condiciones. Los propósitos que habrían podido tener si el mandato hubiese sido redactado mucho más tarde, después de haberse conocido algunas circunstancias completamente imprevisibles en un principio, como la disolución de la Sociedad de las Naciones y sus secuelas, no tienen importancia al respecto. Esta es la única manera de apreciar correctamente los derechos de las Partes. Esta opinión tiene una confirmación en un fallo anterior de la Corte (*Rights of United States Nationals in Morocco, ICJ Reports, 1952, pág. 189*), según el cual, para averiguar el sentido de una noción jurídica en un contexto histórico, es preciso tener en cuenta la manera en que se comprendía originalmente esta noción en el contexto.

“18. En este examen no se debe tampoco dejar de tener en cuenta la naturaleza y la estructura jurídica de la Sociedad de las Naciones, institución dentro de la cual se organizó el sistema de los mandatos, porque el modo del funcionamiento del sistema, sus métodos, sus procedimientos y sus vías de recurso dependían inevitablemente de ella. Un elemento fundamental de esta naturaleza y de esta estructura jurídicas, que en cierto sentido regía todo lo demás, se enunciaba en el artículo 2 del Pacto: “La actividad de la Sociedad, como se define en el presente Pacto, se desarrollará por medio de una Asamblea y un Consejo con la asistencia de una Secretaría permanente”. Si la actividad de la Sociedad de las Naciones en su conjunto se desarrollaba así, lo mismo ocurría por supuesto en lo que se refiere a los Estados Miembros que, salvo disposición formal del Pacto en sentido contrario, no podían obrar individualmente de

modo distinto por lo que concernía a los asuntos que dependían de la Sociedad.

"19. Como es sabido, el sistema de los mandatos tuvo por origen una decisión adoptada en la Conferencia de la paz que se celebró después de la guerra mundial de 1914 a 1918: los territorios coloniales respecto de los cuales, en virtud del artículo 119 del Tratado de Versalles, Alemania renunciaba a "todos sus derechos y títulos" en beneficio de las principales Potencias aliadas y asociadas no debían ser anexados por estas Potencias o por países vinculados con ellas, sino que debían ser situados en un régimen internacional, lo que permitiría aplicar a los pueblos de estos territorios considerados como "no capaces todavía de regirse a sí mismos" el principio proclamado en el Artículo 22 del Pacto, según el cual "el bienestar y el desarrollo de estos pueblos constituyen un encargo sagrado de civilización".

"20. El régimen que, según el artículo 22 del Pacto, era el "método más eficaz para llevar a la práctica este principio" consistía en "confiar la tutela de estos pueblos a las naciones desarrolladas... que estén dispuestas a aceptarla"; el texto agregaba expresamente que estas naciones, actuando "en representación de la Sociedad", "ejercerían esta tutela en calidad de mandatarios". No se decía que los mandatos debían ser ejercidos, además o en su defecto, en representación de los Miembros de la Sociedad de las Naciones a título individual. Los mandatarios debían ser los agentes o fideicomisarios de la Sociedad de las Naciones, y no de cada uno de sus Miembros individualmente.

"21. La misma idea básica se expresa de nuevo en el tercer considerando del preámbulo del instrumento de mandato para el Africa Sudoccidental, donde se especifica que, al aceptar el mandato, el mandatario se había "comprometido a ejercerlo en representación de la Sociedad de las Naciones". No se precisaba que el mandatario se comprometía efectiva o virtualmente a ejercer el mandato en representación de cualquier otro. A juicio de la Corte, se desprende de este considerando a) que el mandatario reconoció implícitamente que la Sociedad de las Naciones, obrando como entidad por intermedio de sus órganos competentes, tenía derecho a exigir la ejecución en regla de las disposiciones relativas a la gestión del mandato, y b) que el mandatario y el Consejo reconocieron implícitamente que el mandato tenía el carácter de régimen jurídico establecido en el marco de la Sociedad de las Naciones considerada como institución. No se reconoció en absoluto que se confería un derecho cualquiera por añadidura y de modo independiente a otra entidad, un Estado por ejemplo, ni que existiera un derecho cualquiera al margen o independientemente de la Sociedad de las Naciones considerada como institución; el mandatario no contrajo tampoco ningún compromiso a este respecto.

"22. . . . En virtud de los párrafos 7 y 9 del artículo 22, cada mandatario debía "enviar al Consejo (de la Sociedad de las Naciones, con exclusión de cualquier otra entidad) una memoria anual sobre los territorios que (tenía) a su cargo" y se debía constituir una comisión permanente, denominada más tarde la Comisión Permanente de Mandatos, para "recibir y examinar" las memorias anuales y "dar al Consejo su opinión sobre todas las cuestiones relativas a la ejecución de los mandatos". La Comisión Permanente de Mandatos solamente tenía esta función consultiva y el Consejo tenía solamente encomendada la función de vigilancia. La Comisión estaba compuesta por expertos independientes nombrados a título personal, que no representaban a un Miembro determinado ni al conjunto de los Miembros de la Sociedad de las Naciones.

"24. Estos eran, pues, los métodos, los únicos, previstos por el Pacto como "garantías" para el desempeño del encargo sagrado de civilización; se debían enunciar en el Pacto. Este no preveía ninguna garantía en forma de derecho conferido a cualquier Miembro de la Sociedad de las Naciones para exigir distinta e individualmente la ejecución en regla de los mandatos por los mandatarios, o bajo la forma de una obligación impuesta a cada mandatario de dar cuenta de su administración ante cada uno de los Miembros individualmente, y mucho menos en forma de un derecho a transmitir el asunto a la Corte.

"25. Esto es precisamente lo que cabía prever cuando el sistema de los mandatos formaba parte de las actividades de la Sociedad de las Naciones, es decir, de una entidad que funcionaba como institución. En un marco de este género, el mero hecho de pertenecer a la organización no crea derechos en sí: los derechos que los Estados miembros pueden legítimamente invocar deben derivar de las disposiciones concretas del instrumento constitutivo de la organización y de los demás instrumentos correspondientes en el contexto, y se deben regir por estas disposiciones. Este principio se aplica necesariamente a la cuestión de los derechos que los Estados miembros podían invocar respecto de un régimen que funcionaba en el marco de la organización como el que instauraba el sistema de los mandatos. Por este motivo, en este marco y en lo que se refería a la ejecución de las disposiciones de los mandatos relativas a la gestión, quedaba descartada la cuestión de los vínculos jurídicos entre los mandatarios y los demás Estados Miembros individualmente considerados. La competencia atribuida a los mandatarios por decisiones de la organización sólo podía crear vínculos jurídicos entre cada uno de ellos, como mandatario, y la organización. Los Estados Miembros de la organización sólo podían tener parte en la actividad administrativa mediante la participación en las labores de los órganos por cuyo intermedio podía obrar la Sociedad de las Naciones. Esta participación no les daba ningún derecho

de intervención directa respecto de los mandatarios, lo cual era y siguió siendo una prerrogativa de los órganos de la Sociedad de las Naciones.

“26. No se desprende tampoco de ello que los Estados Miembros asistieran a los hechos como espectadores pasivos o impotentes, o que no tuvieran ningún medio de acción. Lejos de ello: como miembros de la Asamblea o del Consejo o de los dos, según el caso, podían someter al examen de estos órganos todas las cuestiones relacionadas con los mandatos de manera general o un mandato en particular y, por medio de su participación, podían ejercer influencia sobre el resultado. Las actas de la Asamblea y de los demás órganos de la Sociedad de las Naciones ponen de manifiesto que, en la práctica, los Estados Miembros han utilizado en gran medida esta facultad. Ahora bien, el hecho de ejercerla, siempre por intermedio de la Sociedad de las Naciones, no les daba ningún derecho propio de intervención directa. Revelaba más bien la inexistencia de un derecho de esa índole.

“28. Se estipula en el párrafo 8 del Artículo 22 del Pacto: “Si el grado de autoridad, de fiscalización o de administración que ha de ejercer el mandatario no ha sido objeto de un convenio anterior entre los Miembros de la Sociedad, el Consejo adoptará una decisión expresa sobre estas cuestiones”. Este párrafo ha sido reproducido textualmente en el cuarto considerando que el Consejo consignó en el preámbulo del mandato para el Africa Sudoccidental, para indicar la base sobre la cual aprobaba su resolución del 17 de diciembre de 1920 que enunciaba las disposiciones del mandato. De por sí, este hecho daba necesariamente por implícito que las condiciones del mandato no habían “sido objeto de un convenio anterior entre los Miembros de la Sociedad”. Sin embargo, el expediente contiene indicaciones según las cuales se consideraba entonces que “los Miembros de la Sociedad” entre los cuales se debía concertar un convenio en relación con los mandatos eran únicamente las cinco principales Potencias aliadas y asociadas que participaban en los trabajos de redacción, pero evidentemente esto sólo puede robustecer la opinión según la cual los Miembros de la Sociedad de las Naciones en general no eran considerados como directamente interesados por la elaboración de los mandatos; por lo demás, los antecedentes revelan que en realidad sólo recibieron informaciones sobre la materia en una fase muy tardía.

“30. El grupo de las principales Potencias aliadas y asociadas no tuvo la última palabra sobre la redacción del mandato. Intervino en último término el Consejo. Además de la inserción, ya mencionada del cuarto considerando del preámbulo, el Consejo introdujo en el preámbulo cierto número de modificaciones antes de aprobarlo. Una de estas modificaciones reviste interés a los efectos presentes. Según la última versión de la cláusula del mandato relativa a la

jurisdicción, tal como fue aceptada por el Consejo y aprobada y adoptada para todos los mandatos, sólo el mandatario se comprometió a someter al arbitrio judicial cualquier controversia que surgiera entre él y otro Miembro de la Sociedad de las Naciones; en cambio, según la versión anterior, la jurisdicción de la Corte se habría hecho extensiva también a las controversias que le sometiera el mandatario como demandante, así como a las controversias que surgieran entre los demás Miembros de la Sociedad de las Naciones. El motivo de la modificación hecha por el Consejo guarda una relación directa con la condición de los Miembros de la Sociedad de las Naciones con respecto al mandato tal como se preveía. Este motivo era el hecho de que, como se ha advertido rápidamente, no era posible imponerles sin su consentimiento la obligación de someterse al arbitrio judicial. Huelga decir que, si se hubiese considerado que los Estados Miembros eran *partes* en el instrumento de mandato al igual que en un tratado, se habría considerado que por este mero hecho daban su consentimiento a cuanto contuviera el texto, comprendida la cláusula relativa a la jurisdicción. Manifiestamente, no fueron considerados como partes.

“31. Otro hecho que conviene señalar es que, como se ha dicho más arriba, el mandato contenía, lo mismo que los demás mandatos, una cláusula que subordinaba cualquier modificación de sus disposiciones a la autorización del Consejo (primer párrafo del Artículo 7), pero que exigía además el asentimiento de los Miembros de la Sociedad de las Naciones individualmente considerados. . . .

“32. La verdadera condición de los Miembros de la Sociedad de las Naciones respecto de los instrumentos de mandato era diferente. No eran partes en los mandatos, pero en una medida limitada y a ciertos efectos solamente estaban en condiciones de derivar derechos de ellos. Por no ser partes en los instrumentos de mandato, sólo podían derivar de ellos derechos conferidos sin equívoco, directa o implícitamente, pero de manera clara e ineluctable. La existencia de semejantes derechos no se podía presumir o fundar simplemente en una deducción o un postulado. Ahora bien, en el Artículo 22 del Pacto solamente se mencionaba a los mandatarios en relación con la ejecución de los mandatos respecto de los habitantes de los territorios bajo mandato y respecto de los órganos de la Sociedad de las Naciones. Los Miembros de la Sociedad de las Naciones, con excepción de las disposiciones de procedimiento del párrafo 8 relativas a la ausencia de un “convenio anterior”, sólo eran mencionados en este artículo con relación a una cuestión totalmente distinta: al final del párrafo 5, donde se estipulaba que los mandatarios garantizarían “igualmente a los demás Miembros de la Sociedad la igualdad de condiciones para los intercambios y el comercio”. Lo mismo se disponía en los instrumentos de mandato. Salvada la cláusula

relativa a la jurisdicción, que será examinada más adelante, en los instrumentos sólo se hacía referencia a los Miembros de la Sociedad de las Naciones en sus disposiciones relativas a los intereses especiales. Sólo en relación con estos intereses, y en relación con ellos únicamente, se establecía un vínculo directo entre los mandatarios y los Miembros de la Sociedad de las Naciones individualmente considerados. En las disposiciones relativas a la gestión de los mandatos, sólo se hacía referencia a los mandatarios y, llegado el caso, al órgano competente de la Sociedad de las Naciones. Para estas disposiciones sólo se establecía el vínculo con la Sociedad de las Naciones o sus órganos.

“33. Por consiguiente, habida cuenta de los textos y de los instrumentos correspondientes y de la estructura de la Sociedad de las Naciones, en cuyo marco funcionaba el sistema de los mandatos, la Corte considera que, incluso en la época de la Sociedad de las Naciones, incluso como Miembros de la organización cuando ésta existía todavía, los demandantes, considerados individualmente como Estados, no tenían ningún derecho propio y autónomo que pudiera ser invocado independientemente o adicionalmente al derecho conferido a la Sociedad de las Naciones para reclamar, en el desarrollo de su actividad colectiva e institucional, la ejecución en regla del mandato de conformidad con el “encargo sagrado de civilización”. Este derecho incumbía exclusivamente a la Sociedad de las Naciones, para ser ejercido por su órganos competentes. Cada Miembro de la Sociedad de las Naciones podía participar en el ejercicio colectivo e institucional de esta derecho, mediante su participación en los trabajos de los órganos de la Sociedad y en la medida en que éstos tenían la facultad de obrar por sí mismos en el marco del sistema de los mandatos. Por tener el derecho a recurrir ante dichos órganos, derecho que han ejercido plenamente, los Miembros podían conseguir que las cuestiones relacionadas con los mandatos fuesen examinadas como las demás cuestiones comprendidas en la esfera de actividad de la Sociedad de las Naciones. Ahora bien, fuera de su participación en la actividad institucional de la organización como Miembros de ésta, no tenían, considerados individualmente como Estados, ningún derecho a velar por el desempeño del encargo sagrado de civilización y a erigirse así como curadores de los mandatos, en nombre propio y, menos todavía, como agentes autorizados para representar la Sociedad de las Naciones. Esta función correspondía a los órganos de la Sociedad de las Naciones.

“En otros términos, la situación era la siguiente: en el sistema de los mandatos y en el marco general de la Sociedad de las Naciones, los mandatarios sólo respondían de la gestión de los mandatos ante la Sociedad de las Naciones, en particular ante el Consejo; por lo

demás, no eran responsables separadamente respecto cada uno de los Estados Miembros. Si se hubiese conferido individualmente a los Estados un derecho o interés jurídico, cada Miembro de la Sociedad de las Naciones se habría podido comunicar directamente con cada mandatario, sin servirse como intermediario del Consejo o de otro órgano competente de la Sociedad de las Naciones, para pedirle explicaciones o justificaciones sobre su administración y, de modo general, habría podido exigir de cada mandatario la ejecución en regla del mandato, según la opinión que se habría formado por sí mismo de que se requería al efecto.

“35. Es evidente que no existía ningún derecho de este género en el sistema de los mandatos como había sido previsto en los instrumentos correspondientes. Un derecho de esta índole habría tenido por efecto hacer a los mandatarios responsables respecto de cada uno de los Miembros de la Sociedad de las Naciones separadamente, sin lo cual se habría confundido con la facultad de participar normalmente en la actividad colectiva de la Sociedad de las Naciones en materia de mandatos. Ahora bien, la existencia de este derecho suplementario habría sido incompatible con el hecho de que la obligación impuesta a los mandatarios, tanto en virtud del Artículo 22 del Pacto como de la disposición de los instrumentos de mandato que en el caso del Africa Sudoccidental era objeto del artículo 6, consistía meramente en transmitir al Consejo informes que satisficieran a éste, y a éste únicamente. Habría sido sobremanera difícil imaginar esta situación tratándose de un sistema que, salvo algunas limitaciones, autorizaba a los mandatarios a escoger por sí mismos los medios para ejecutar su mandato; habría sido todavía más difícil imaginarlo en el caso de un mandato C, teniendo en cuenta la facultad de administrar el país “como parte integrante de su territorio”, facultad que se confería en especial, como ya se ha señalado, a todo mandatario que tuviera confiado un mandato de esta categoría.

“36. Las conclusiones precedentes no dependen de la cuestión de saber si se considera que la Sociedad de las Naciones tenía una personalidad jurídica análoga a la que la Corte reconoció a las Naciones Unidas en su opinión consultiva sobre la *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (ICJ Reports, 1949, pág. 174), o bien si se considera que la Sociedad de las Naciones constituía una colectividad de Estados que funcionaba de manera institucional y, como lo daba a suponer el Artículo 2 del Pacto, sólo podían ejercer sus derechos colectivos en lo que se refería a los asuntos comprendidos en la esfera de la acción de la Sociedad por intermediario de los órganos competentes de ésta y no al margen de ellos.”

Extractos de algunas opiniones disidentes sobre la cuestión del derecho o interés jurídico de los demandantes*Opinión del Sr. Wellington Koo, vicepresidente de la Corte*¹⁰

“Lamento no estar en condiciones de sumarme al fallo de la Corte que “llega a la conclusión de que no se puede considerar que los demandantes han demostrado la existencia, a su favor, de un derecho o interés jurídico en relación con el objeto de la presente demanda”. No puedo aceptar tampoco los motivos en los que se funda este fallo. . . .

“La principal cuestión que debe resolver el fallo dictado hoy es de nuevo la de saber si los demandantes en el presente asunto tienen un derecho o interés jurídico en relación con el objeto de la demanda. Se indica en el fallo que los demandantes no tienen un derecho o interés de esta índole en lo que se refiere a las disposiciones del mandato para el Africa Sudoccidental relativas a la gestión. A mi modo de ver, los principales argumentos aducidos como base de esta conclusión proceden en gran parte de la concepción de la tutela en derecho interno, con la limitaciones que ello implica en cuanto al concepto de contrato, de parte y de intereses.

“ El derecho o interés jurídico de los Miembros de la Sociedad de las Naciones, considerados tanto individualmente como colectivamente por intermedio de la Asamblea, consistente en que los mandatarios cumplan con los mandatos nació con el sistema de los mandatos y era inherente a este sistema, como lo he demostrado más arriba, y se consignó una cláusula relativa a la jurisdicción en cada mandato, no para conferir este derecho o este interés, que por fuerza se daba ya por supuesto en el Artículo 22 del Pacto, sino para poner de manifiesto que los Miembros de la Sociedad de las Naciones lo tenían y para, llegado el caso, darles la posibilidad de invocar en último término la protección judicial del encargo sagrado de civilización.

“La conclusión anterior, según la cual los demandantes tienen un derecho o interés jurídico consistente en el cumplimiento de las obligaciones del mandato para el Africa Sudoccidental, es certera, como lo confirman el tenor y los términos del segundo párrafo del artículo 7, cuyo texto se cita más arriba.

“Como afirma en realidad el fallo, este derecho o interés no se limita a los intereses concretos o nacionales de los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones, considerados individualmente, por

¹⁰ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 216 y 217, 219 y 220, 222 y 223, y 229.

ejemplo, los mencionados en el artículo 5 del mandato para el Africa Sudoccidental, relativo a la libertad reconocida a los misioneros de "entrar, circular y residir en el territorio con objeto de desempeñar su ministerio". Los términos amplios, claros y generales de la disposición implican que el derecho o interés jurídico de los Miembros de la Sociedad de las Naciones tienen un contenido y un alcance que corresponden a las obligaciones contraídas por el mandatario en virtud del mandato; no se refieren únicamente a dicho artículo 5.

"Si se debiera interpretar el texto de manera tan limitada, se daría de él una interpretación manifiestamente incompatible con la expresión muy general "disposiciones del mandato". Si los autores del mandato hubiesen querido *limitar* así su sentido y tenor, habría sido muy sencillo reemplazar por "el artículo 5" la expresión "disposiciones del mandato" que figura en la cláusula compromisoria. En un proverbio chino se formula la pregunta siguiente: "¿Por qué vamos a escribir tanto sobre un tema tan exiguo?" Si los términos empleados en el segundo párrafo del artículo 7, por ejemplo "cualquier controversia" o las "disposiciones del mandato", tuvieran en realidad el fin y el alcance limitados que se pretende atribuirles en esta interpretación, la redacción de la cláusula compromisoria aparecería sin lugar a duda como extravagante. Ahora bien, es un hecho, como sabemos, que los proyectos de mandato B y C, que contenían en ambos casos una cláusula compromisoria idéntica, fueron estudiados durante varios meses por diversos órganos de la Conferencia de la Paz de París, en la que participaban eminentes hombres de Estado; me refiero, por ejemplo, a la Comisión Milner y al Consejo de jefes de las delegaciones acreditadas en París y luego por el Consejo de la Sociedad de las Naciones, todos los cuales eran órganos que se interesaban vivamente por la cuestión de los mandatos y por el sistema propuesto de los mandatos. En realidad, la mayoría de las principales Potencias mandatarias, por no decir todas, estaban representadas en el seno de estos organismos.

"Se recordará también que la observación hecha por la Corte en el fallo de 1962 para justificar su competencia, y según la cual la controversia es de aquellas a las que se aplica el artículo 7, se basa en el hecho de que los demandantes tienen el derecho o interés jurídico de que aquí se trata. Después de haber evocado la norma de interpretación fundada en el sentido natural y obvio de una disposición y de haberse referido al artículo 7 del mandato, que hace mención de "cualquier controversia, sea la que fuere" que surgiera entre el mandatario y otro Miembro de la Sociedad de las Naciones y fuera "relativa a la interpretación o a la aplicación de las disposiciones del mandato", la Corte declaró:

Los términos empleados son amplios, claros y precisos; no dan lugar a ninguna ambigüedad y no autorizan ninguna excepción. Se refieren a cualquier controversia, sea la que fuere, relativa no a una o varias disposiciones concretas, sino "a las disposiciones" del mandato, entendiéndose con ello, a todas luces, el conjunto o una cualquiera de las disposiciones, tanto si versan sobre las obligaciones fundamentales del mandatario respecto de los habitantes del territorio o respecto de los demás Miembros de la Sociedad de las Naciones, o bien sobre la obligación del mandatario de someterse a la vigilancia de la Sociedad de las Naciones según las estipulaciones del artículo 6 o a la protección prevista en el artículo 7. (*ICJ Reports, 1962, pág. 343*).

"En realidad, es indudable que la opinión consultiva de 1950, al subrayar al mismo tiempo "el carácter esencialmente internacional de las funciones que tenía a su cargo la Unión Sudafricana" y el hecho de que, de conformidad con el artículo 7 del mandato, cualquier Miembro de la Sociedad de las Naciones podía plantear ante la Corte Permanente de Justicia Internacional cualquier controversia que le opusiera al Gobierno de la Unión en relación con la interpretación o la aplicación de las disposiciones del mandato, reconocía ya implícitamente la existencia de un derecho o interés jurídico de los Miembros de la Sociedad de las Naciones en la ejecución del mandato. Inclusive los dos únicos magistrados que se apartaron de la opinión de 1950 sobre la cuestión de la transferencia de las funciones de vigilancia de la Sociedad de las Naciones a la Asamblea General de las Naciones Unidas afirmaron que los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones tenían un interés jurídico con respecto a los obligaciones del mandatario. Así, lord McNair (entonces sir Arnold McNair) declaró:

Si bien no existe ya la Sociedad de las Naciones para velar por el ejercicio del mandato, sería un error creer que el mandatario no está sometido a ninguna vigilancia. Todos los Estados que formaban parte de la Sociedad de las Naciones en la época de su disolución siguen teniendo un interés jurídico en que el mandato sea desempeñado como conviene. Para esta vigilancia, se prevén en el mandato dos clases de mecanismo, un mecanismo *judicial*, basado en el derecho que el artículo 7 reserva en favor de todo Miembro de la Sociedad de las Naciones para citar obligatoriamente al mandatario ante la Corte Permanente, y un mecanismo *administrativo*, formado por los informes anuales y el examen de éstos por la Comisión permanente de Mandatos de la Sociedad de las Naciones. (*ICJ Reports, 1950, pág. 158*).

"El Sr. Read, en su opinión individual agregada a la misma opinión consultiva de 1950, puso todavía más de relieve la cuestión de los derechos de los Miembros de la Sociedad de las Naciones. Dijo lo siguiente:

"A partir de las consideraciones precedentes, es posible resumir la situación que se produjo después de la disolución de la

Sociedad de las Naciones en lo que se refiere a la situación internacional del Africa Sudoccidental y de las obligaciones internacionales de la Unión que de ello emanan:

En primer lugar, el mandato ha subsistido con el conjunto de las obligaciones esenciales y positivas de la Unión.

“En segundo lugar, los *derechos y los intereses jurídicos* de los Miembros de la Sociedad de las Naciones en materia de mandatos han subsistido salvo una excepción importante: en el caso de los Miembros que no son partes en el Estatuto de la Corte, ha caducado su derecho a ejercitar una acción contra la Unión ante la Corte Permanente.”

“El hecho de que un solo caso, relativo a un presunto atentado contra los intereses concretos de un nacional, haya sido planteado ante la Corte Permanente de Justicia Internacional por un Miembro de la Sociedad de las Naciones durante los veinticinco años de existencia de la Sociedad en virtud de una cláusula de jurisdicción análoga al artículo 7 del mandato para el Africa Sudoccidental (art. 26 del mandato para la Palestina), y el hecho de que no se haya recurrido jamás a la Corte para recabar su protección y garantizar la ejecución en regla por una Potencia mandataria de las obligaciones fundamentales que le imponía un mandato atribuido respecto de los habitantes del territorio bajo mandato no prueba por fuerza que los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones no tuvieran, individualmente considerados, ningún derecho o interés jurídico en relación con estas obligaciones. He aquí lo que manifestó el Sr. Read en su opinión individual de 1950 sobre la obligación de la Unión Sudafricana de reconocer como obligatoria la jurisdicción de la Corte en caso de controversia relativa a la interpretación o a la aplicación de las disposiciones del mandato, en virtud del artículo 7 del acuerdo de mandato y del Artículo 37 del Estatuto, completado por el Artículo 94 de la Carta:

La importancia de estas disposiciones no se puede apreciar teniendo en cuenta la frecuencia de su aplicación. La mera existencia de un tribunal cuya competencia se reconoce como obligatoria basta para garantizar el respeto de las obligaciones jurídicas. (*ICJ Reports, 1950, pág. 169*).

“El derecho o interés jurídico de los Miembros de la Sociedad de las Naciones en la ejecución del mandato por el mandatario ha existido siempre, aunque parezca latente. Mientras la divergencia de opiniones sobre un asunto determinado entre el Consejo de la Sociedad de las Naciones y el mandatario – tanto si éste participaba en las deliberaciones a título especial o como miembro ordinario – seguía siendo objeto de negociaciones, y mientras persistía la posibilidad de llegar en definitiva a un acuerdo, no estaba justificado que un Estado Miembro recurriera a la acción judicial prevista en

el segundo párrafo del artículo 7 del mandato. Así, la Comisión Permanente de Mandatos hizo en cada uno de los años 1926, 1927, 1929 y 1930 una objeción contra la declaración que figuraba en el preámbulo de un acuerdo entre la Unión Sudafricana y Portugal en relación con la frontera entre el territorio portugués de Angola y el territorio bajo mandato y según la cual "el Gobierno de la Unión Sudafricana, bajo reserva de las disposiciones del mandato, *tiene soberanía* sobre el territorio del Africa Sudoccidental" Como el Consejo había adoptado resoluciones sobre la base de los informes de la Comisión y la Potencia mandataria no había manifestado su aceptación, la Comisión siguió pidiendo con insistencia una respuesta. Finalmente, "la Unión Sudafricana, por carta de fecha 16 de abril de 1930, manifestó que aceptaba la definición de las atribuciones del mandatario expuesta en los informes del Consejo" (*ICJ Pleadings, 1950*, pág. 198). Sin embargo, si el mandatario hubiese mantenido su opinión, el Consejo habría obtenido de la Corte una opinión consultiva que hubiese confirmado que su interpretación estaba totalmente en armonía con el Pacto y con el acuerdo de mandato, y no habría sido imposible que un Estado Miembro de la Sociedad de las Naciones, invocando su derecho o interés jurídico en la ejecución de este mandato, hubiese presentado una acción a la Corte Permanente para obtener una decisión obligatoria sobre la cuestión jurídica planteada en la controversia con el mandatario. El hecho de que este derecho o interés jurídico sólo haya sido invocado en muy raras ocasiones no prueba en modo alguno que no haya existido."

*Opinión del magistrado Sr. Jessup*¹¹

"Si bien el fallo de la Corte reconoce que, por algunas de sus conclusiones finales, los demandantes solicitan "declaraciones" y que las conclusiones núms. 1 y 2 tienen este carácter, no por ello se deja de afirmar que:

La cuestión que se ha de resolver es la de saber si . . . los Miembros de la Sociedad de las Naciones, comprendidos los demandantes en el presente asunto, tenían individualmente e independientemente considerados un derecho o un interés jurídico - lo que es distinto de un interés político - que les autorice a reclamar la ejecución de las disposiciones de los mandatos relativas a la gestión.

Ahora bien, hay que determinar además si los demandantes tenían, individualmente considerados, el derecho de solicitar a la Corte una interpretación del mandato que les permitiera decidir, por ejemplo, si debían emplear procedimientos de carácter político para obligar al mandatario a obrar de un modo determinado. Los

¹¹ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 423 a 425.

reglamentos establecidos después de la conclusión del Tratado de paz que puso fin a la primera guerra mundial pusieron a menudo énfasis en la existencia de una relación recíproca entre las funciones respectivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional y los órganos políticos de la Sociedad de las Naciones. Así, en el Artículo 11 del Pacto se “declara que cualquier Miembro de la Sociedad tiene derecho, con carácter amistoso, a llamar la atención de la Asamblea o del Consejo sobre cualquiera circunstancia que, por su naturaleza, tienda a perturbar las relaciones internacionales y, por consiguiente, amenace perturbar la paz o el buen acuerdo entre las naciones, de los que depende la paz”. Según lo estipulado en el párrafo 1 del Artículo 34 de la Carta de las Naciones Unidas, los Miembros de las Naciones Unidas tienen un derecho comparable en “cualquiera situación” susceptible de conducir a fricción internacional. Supongamos ahora que un Estado Miembro de la Sociedad de las Naciones (o de las Naciones Unidas) haya considerado que la práctica del *apartheid* en el territorio bajo mandato del Africa Sudoccidental constituía una violación del mandato y podía perturbar “el buen acuerdo entre las naciones” – como ha ocurrido en efecto – o podía “conducir a fricción internacional” – lo cual es un hecho. Supongamos que, antes de llevar esta cuestión ante la Asamblea (o la Asamblea General), ese Estado Miembro haya querido obtener de la Corte Internacional una declaración que confirme con autoridad la exactitud de su interpretación del mandato. Ese Estado Miembro habría tenido ciertamente en este caso un interés jurídico habida cuenta del segundo párrafo del artículo 7 del mandato. La mera intención virtual de obrar de conformidad con el Artículo 11 del Pacto (o con el Artículo 35 de la Carta) justificaría la presentación de una demanda a la Corte y, desde el punto de vista jurídico, nada obliga a un demandante a precisar los motivos por los que quiere obtener esta información. Como la Corte manifestó en el asunto de la interpretación del Estatuto del territorio de *Memel*, puede ocurrir que se desee meramente una interpretación que pueda “servir de orientación en lo sucesivo”.

“El fallo acepta o rechaza algunas conclusiones con arreglo al criterio del carácter razonable. Ahora bien, la aplicación de este criterio no impide que se reconozca que, teniendo en cuenta que los derechos conferidos a los misioneros” por el artículo 5 pueden constituir, como se dice en el fallo, derechos relacionados con “intereses especiales” o pueden tener lo que denomina un “doble aspecto”, a los demandantes un derecho o interés jurídico que les permita presentar una solicitud relacionada con los misioneros y se les niegue un derecho o interés de esta índole en relación con la práctica de la *apartheid*. A mi juicio, es ésta una distinción enteramente artificiosa que, como ya he demostrado, los antecedentes relativos a la redacción del mandato no confirman en absoluto. Por

el motivo de que los demandantes no han invocado expresamente el artículo 5 en sus escritos, el fallo les niega el derecho a obtener una declaración sobre la cuestión de saber si sigue en vigor el mandato, del que derivaría todo derecho de este género. En realidad, los demandantes basan su conclusión núm. 9 en el primer párrafo del artículo 7, en virtud del cual las disposiciones del mandato no se pueden modificar sin la autorización del Consejo de la Sociedad de las Naciones; ahora bien, el fallo les niega el derecho de saber si la acción unilateral del mandatario bastaría para poner fin incluso a los derechos que les reconoce el artículo 5, aunque afirma que "no está justificado averiguar" si habría sido necesario el asentimiento de los Estados Miembros interesados. El fallo no precisa si el asentimiento de la cada uno de los Miembros sería necesario para poner fin a una cláusula de procedimiento. Cuando se tienen en cuenta los antecedentes de la redacción del mandato y la íntima relación recíproca que existe entre los dos párrafos del artículo 7, parece de nuevo enteramente artificioso adoptar la posición siguiente: se acepta la decisión adoptada en 1962 por la Corte en cuanto al mantenimiento en vigor, en una forma u otra, del segundo párrafo del artículo 7; ahora bien, el derecho, que subsiste, a recurrir ante la Corte no autoriza a los demandantes a saber si, a juicio de la Corte, el primer párrafo del artículo 7 sigue estando en vigor; sin embargo, si no lo está, el mandatario podría denunciar igualmente el segundo párrafo del artículo 7 y rehusar a los demandantes el ínfimo, derecho, reconocido por el fallo de la Corte, a presentar sus peticiones y a enterarse de que la Corte es competente. Pero, ¿para qué es competente? Según el fallo, es competente para afirmar que la Corte no puede tramitar las demandas, porque los demandantes no tienen ningún derecho o interés jurídico.

"Cuando el fallo da a entender que el interés de los demandantes, teniendo en cuenta por ejemplo la práctica de *apartheid* en el territorio bajo mandato del África Sudoccidental, es exclusivamente político y no jurídico, se hace eco de la opinión disidente común de 1962. En la página 466 de esta opinión se afirma que, en relación con una cuestión de competencia, un tribunal debe, por regla general, "apartar de su consideración todas las cuestiones relacionadas con el fondo del asunto", pero que:

Un tribunal, al examinar los aspectos jurisdiccionales de un asunto, puede legítimamente tener en cuenta un factor que es fundamental para la competencia de un tribunal cualquiera que éste sea, a saber, si las cuestiones de fondo que se plantean pueden ser por su naturaleza objeto de una decisión jurídica objetiva.

"Los autores afirman luego que la principal cuestión de fondo consistiría en saber si el mandatario ha violado las obligaciones que le impone el artículo 2 del mandato. Llegan a la conclusión - de

carácter provisional, es cierto — de que los problemas sometidos a la Corte requieren ser apreciados en un foro técnico o político, pero que esta tarea “no parece en absoluto ser una tarea judicial”. Decir que la interpretación del artículo 2 del mandato constituye una tarea más bien política que jurídica es en realidad otro modo de afirmar, como se hace en el presente fallo, que los demandantes tienen un interés político y no jurídico en lo que se refiere a la interpretación o a la aplicación del artículo 2. Considerada desde esta perspectiva, la cuestión versa sobre la posibilidad de presentar un recurso judicial y requiere, por consiguiente, un examen de los criterios que la Corte puede aplicar para desempeñar esta misión. En la hipótesis de que no corresponda al juez determinar si la práctica de la *apartheid* en el territorio bajo mandato del Africa Sudoccidental acrecienta “el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio”, convendría por lo menos rechazar la conclusión núm. 3 de los demandantes.”

*Opinión del magistrado Sr. Padilla Nervo*¹²

“He votado contra la decisión de la Corte, porque estoy persuadido de que ha quedado probado de modo incontrovertible que los demandantes tienen un derecho o interés jurídico en relación con el objeto de las demandas, a saber, el desempeño por el mandatario del encargo sagrado de civilización, que debe derivar de la ejecución de las obligaciones enunciadas en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones y en el mandato para el Africa Sudoccidental alemana.

“Por otra parte, en virtud del artículo 7 del mandato, instrumento que es “un tratado o convención vigente” a los efectos del Artículo 37 del Estatuto, los demandantes tienen derecho a someter a la Corte Internacional de Justicia la controversia que les opone al demandado.

“No se plantea en el caso presente un asunto ordinario, sino un asunto *sui generis* que tiene consecuencias de gran alcance en los planos jurídico, social y político. Desde el principio, este asunto ha revelado ser complejo, difícil y objeto de controversia, como se desprende del hecho de que la presente decisión de la Corte, de la cual me disocio fundamentalmente, se base en una mayoría *técnica* o *estatutaria* que deriva de la emisión por el presidente de su voto decisivo, de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 55 del Estatuto de la Corte, concebido en los siguientes términos:

1. Todas las decisiones de la Corte se tomarán por *mayoría* de votos de los magistrados presentes.

¹² *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 443, 452 y 453.

2. En caso de *empate*, decidirá el voto del Presidente o del magistrado que lo reemplace. (Subrayamos nosotros.)

“La Corte sólo ha examinado una cuestión: ¿tienen los demandantes un interés jurídico en relación con el objeto de la demanda? A este respecto, la Corte ha observado:

que no se puede considerar que los demandantes hayan demostrado la existencia, a su favor, de un derecho o interés jurídico en relación con el objeto de la presente demanda; por consiguiente, la Corte debe negarse a tramitarlas. Por estos motivos, la Corte decide rechazar las demandas del Imperio de Etiopía y de la República de Liberia.

“A mi juicio, la Corte ha llegado a esta decisión porque ha partido de una hipótesis injustificada respecto de los propósitos presuntos de los autores del Pacto y del sistema de los mandatos en 1919, así como de un análisis y de una *interpretación* de estos instrumentos que emanan de la hipótesis adoptada, que ha servido de base o de premisa al examen y al razonamiento de la Corte. Este modo de proceder ha conducido a la Corte a la presente decisión.

“El fondo ha sido expuesto y comentado ante la Corte en los escritos y en los informes de las Partes en la presente instancia.

“Este procedimiento ha consumido mucho tiempo, esfuerzos y dinero y la Corte dispone de todos los elementos que necesita para formarse una opinión motivada y decidir el fondo de la demanda.

“Esto es lo que la Corte debería haber hecho a mi juicio, y la mayoría no habría debido limitar y circunscribir el ámbito del procedimiento contencioso fundamental a la estrecha cuestión del derecho o interés jurídico.

“Es imposible desconocer que el problema de la situación del territorio bajo mandato del Africa Sudoccidental es el problema internacional más explosivo planteado en el mundo después de la segunda guerra mundial; la cuestión de saber si la política oficial de *apartheid* practicada en el territorio es o no compatible con los principios y las disposiciones jurídicas enunciadas en el Pacto, en el mandato y en la Carta de las Naciones Unidas requiere una respuesta de la Corte, que, en la fase actual, se ocupa del asunto a fondo.

“En el curso de este procedimiento de una duración excepcional, la Corte ha oído y estudiado los argumentos presentados por las Partes adversas como base de sus *conclusiones*, respecto de las cuales la Corte debía de adoptar una decisión. Sin embargo, la mayoría de la Corte ha considerado oportuno no hacerlo y ha hecho así inútil una declaración sobre las cuestiones principales porque “no se puede considerar que los demandantes hayan demostrado la existencia, a su favor, de un derecho o interés jurídico en relación con el objeto de la presente demanda”.

“...
 “Considero que el interés jurídico de los demandantes en que el mandatario desempeñe las obligaciones impuestas por el mandato deriva no sólo del espíritu, sino también de los términos del Pacto y del mandato y que se define expresamente en el segundo párrafo del artículo 7.
 “...”

*Opinión del magistrado Sr. Isaac Forster*¹³

“...
 “He aquí lo que ocurre: la misma Corte que en 1950, 1955 y 1956 emitió las tres opiniones mencionadas, la misma que en 1962 dictó el fallo que afirmaba su competencia para entender en el fondo del asunto de la controversia, esta Corte declara ahora que la demanda es inadmisibile y la rechaza ¡porque Etiopía y Liberia no tienen ningún interés jurídico en la acción!

“¡No alcanzo a comprenderlo!

“No quiero hacer caso omiso del antiguo proverbio: “Sin interés, no hay acción”, pero apenas puedo creer que en este proceso relacionado con la interpretación y la ejecución de un mandato internacional, inspirado por los sentimientos altruistas de la época, el interés jurídico se ajuste al molde de la estrecha concepción clásica del interés jurídico personal del Estado demandante.

“El requisito de un interés personal es, sin duda, la norma; pero no hay norma sin excepción. Existe, en derecho internacional, un interés jurídico que, en ciertos casos, puede ser netamente distinto del interés estrictamente personal del Estado demandante. Hallo, por ejemplo, una prueba de ello en la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio. He aquí lo que decía la Corte Internacional de Justicia en una opinión del 28 de mayo de 1951:

En una convención de esta índole, los Estados contratantes no tienen intereses propios; tienen sólo, colectiva e individualmente, un interés común, el de obrar por los fines superiores que son la razón de ser de la convención. Se deduce de ello que, en el caso de una convención de este tipo, no cabe referirse a las ventajas o desventajas de los Estados, ni tampoco a la necesidad de mantener un exacto equilibrio contractual entre los derechos y las obligaciones. En virtud de la voluntad común de las partes, la consideración de los fines superiores de la Convención es el fundamento y la medida de todas las disposiciones que contiene.

“Así, pues, el concepto de interés jurídico distinto del interés personal del Estado demandante no es desconocido en derecho internacional. Se enuncia inclusive claramente en algunos tratados

¹³ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966, págs. 478 a 480.*

de protección internacional de minorías concertados después de la guerra mundial de 1914 a 1918. Figura en ellos en forma de cláusula de reconocimiento de una jurisdicción obligatoria que convierte en controversia internacional cualquier divergencia de opiniones sobre cuestiones de derecho o de hecho que se planteen en relación con su aplicación entre el Estado de la minoría y cualquier Potencia que sea miembro del Consejo de la Sociedad de las Naciones. No se requería en absoluto que esta Potencia, miembro del Consejo de la Sociedad de las Naciones, fuera parte contratante del tratado de minorías y no se requería tampoco que tuviera un interés jurídico propio. Bastaba que recurriera a la Corte en el interés general de una exacta aplicación del régimen.

“Nos hallamos, a mi juicio, en el mismo ambiente. En interés de los pueblos indígenas se instituyó el mandato para el Africa Sudoccidental alemana; las estipulaciones esenciales que contiene no persiguen otro objetivo que el de “acrecentar el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio”. El mandato no se concertó para favorecer los intereses de los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones, ni los de la Sociedad de las Naciones. Fue concertado para favorecer los intereses de los pueblos indígenas que eran todavía incapaces de gobernarse a sí mismos. Se confirió un “encargo sagrado”, dado y aceptado sin contrapartida ventajosa para el mandante o para el mandatario. Estamos totalmente en la esfera del altruismo. Ahora bien, los beneficiarios de las generosas disposiciones del mandato, a saber, los indígenas del Africa Sudoccidental, no están en condiciones de comparecer ante la Corte Internacional de Justicia, porque no forman todavía un Estado soberano. No disfrutan tampoco de una nacionalidad que les sitúe bajo la autoridad de un Estado que pueda dirigirse a nosotros para la protección de sus nacionales. En estas circunstancias, ¿qué norma imperativa nos impide, al examinar la admisibilidad de la demanda, que tomemos igualmente en consideración, como en materia de protección internacional de las minorías, el principio del interés general de una exacta aplicación del régimen de mandato? Etiopía y Liberia eran Miembros de la Sociedad de las Naciones; ¿no se puede decir ahora que el interés jurídico consiste en el interés que cualquier Miembro tiene a hacer cumplir un convenio elaborado en el seno de una Sociedad de la que formaba parte? Si en el mandato para el Africa Sudoccidental no se hallan, es cierto, términos absolutamente idénticos a los empleados en la cláusula sobre reconocimiento de una jurisdicción como obligatoria que figura en los tratados de protección internacional de las minorías a que hice alusión, vemos por lo menos en el párrafo 2 del artículo 7 la disposición siguiente:

El mandatario acepta que cualquier controversia, sea la que fuere, que surja entre él y otro Miembro de la Sociedad de las Naciones en relación

con la interpretación o la aplicación de las disposiciones del mandato y que no pueda ser resuelta por medio de negociaciones, sea sometida a la Corte Permanente de Justicia Internacional (ahora, a la Corte Internacional de Justicia), cuya institución se prevé en el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones.

“Contrariamente a la opinión de la mayoría de la Corte, estoy personalmente persuadido de que esta disposición autorizaba a la Corte a declarar admisibles las demandas de Etiopía y de Liberia que, por haber sido Miembros de la Sociedad de las Naciones, siguen teniendo un interés jurídico en que el mandatario cumpla con sus compromisos, mientras se mantiene en el Africa Sudoccidental. Me cuesta creer, como lo considera la mayoría, que el párrafo 2 del artículo 7 del mandato, relativo al recurso a la jurisdicción internacional, sólo se refería a las controversias relacionadas con los intereses individuales de los Estados con respecto a las materias objeto del artículo 5. No puedo aceptar que los autores de un mandato, cuyo objeto esencial (por lo demás, altruista) es acrecentar por todos los medios al alcance del mandatario el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio, sólo hayan pensado, egoístamente, en el interés jurídico individual de los Estados Miembros en caso de recurso a la justicia internacional, perdiendo así, en el artículo 7, el impulso generoso que les movía al principio. Esta actitud estaría en pugna con el contexto y con el mismo texto, que dispone:

cualquier controversia, sea la que fuere, que surja entre él (el mandatario) y otro Miembro de la Sociedad de las Naciones en relación con la interpretación o la aplicación de las disposiciones del mandato, etc.

“Entiendo, pues, que son enteramente admisibles las demandas de Etiopía y de Liberia.

“Entiendo, pues, que la Corte debería examinar los agravios formulados por los demandantes y manifestar y decidir luego si responden o no a la realidad.

“La Corte debería manifestar, en términos categóricos, si la Unión Sudafricana, mandataria, ha cumplido con acierto y a conciencia con las obligaciones emanadas del mandato.

La Corte ha decidido que los demandantes no tenían un derecho o interés jurídico que les autorizara a reclamar la ejecución de las disposiciones del mandato; por consiguiente, no tuvo que examinar otros dos aspectos del asunto, a saber:

1. ¿Se ha acabado el mandato, o sigue éste en vigor?
2. ¿Es la política de *apartheid* aplicada por el mandatario en el territorio bajo mandato una violación de las estipulaciones del mandato?

Ello no obstante, las opiniones disidentes comprenden también algunas apreciaciones sobre estos aspectos del asunto.

D - ¿Se ha acabado el mandato?*Opinión del magistrado Sr. Jessup*¹⁴

“Se ha aducido otro argumento que, de estar fundado, probaría la existencia del derecho de los demandantes a ejercitar una acción en virtud del segundo párrafo del artículo 7 del mandato. En la primera de las conclusiones finales que su agente leyó ante la Corte, el 5 de noviembre de 1965, el demandado afirmó:

Que el mandato para el Africa Sudoccidental en su conjunto se extinguió con ocasión de la disolución de la Sociedad de las Naciones y que, por consiguiente, el demandado no está sometido a ninguna de las obligaciones jurídicas emanadas del mandato.

“Se ha señalado ya que ninguno de los pretendidos “hechos nuevos” mencionados por el demandado no llevaría a la Corte a volver sobre el punto de vista que ha adoptado desde 1950, a saber, que el mandato no se extinguió con ocasión de la disolución de la Sociedad de las Naciones. A este respecto, la Corte fue unánime en 1950, y en 1955 y 1956 no se expresó ninguna opinión contraria. Además, como la Corte precisó en su opinión consultiva de 1950 y lo recordó en su fallo de 1962, sigue siendo cierto que:

Si el mandato hubiera dejado de existir, como pretende el Gobierno de la Unión, la autoridad de ésta habría dejado igualmente de existir. Nada autoriza a conservar los derechos derivados del mandato y a rechazar las obligaciones que emanan de él. (*ICJ Reports, 1962, pág. 333*).

“En el curso de la presente fase del asunto, el demandado ha procurado solventar esta dificultad y ha hecho valer que, con respecto al Africa Sudoccidental, tenía un título basado en la conquista. El 27 de mayo de 1965 el abogado del demandado declaró (C.R. 63/39, pág. 37): “El demandado pretende que la naturaleza jurídica de su derecho es la que se reconoce en derecho internacional como la dimanante de una conquista militar”. Es dudoso que el demandado haya atribuido mucha importancia a este argumento que, de todas maneras, carece de todo fundamento jurídico.

“Es un lugar común decir que el derecho internacional no reconoce ningún título fundado en la conquista militar. Bastará citar un pasaje del tratado de *Oppenheim* (revisado por Lauterpacht, 8ª ed., vol. I, pág. 567):

La conquista sólo es un modo de adquisición si el conquistador, después de haberla asegurado con firmeza, se anexiona oficialmente el territorio.

¹⁴ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966, págs. 418 y 419.*

La anexión tiene por efecto que el Estado enemigo deje de existir; por consiguiente, pone término a la guerra. Esta manera de concluir la guerra se denomina sumisión y, por ello, la conquista seguida por la sumisión, y no la conquista únicamente, crea un título y constituye un modo de adquisición de territorio. Sin embargo, es muy corriente referirse al título basado en la conquista, y todo el mundo entiende con ello la sumisión después de la conquista. Pero es necesario precisar que, si un beligerante conquista una parte del territorio enemigo y obliga luego en el tratado de paz a que el Estado vencido le ceda el territorio así conquistado, que el modo de adquisición no es la sumisión, sino la cesión.

“Ahora bien, es notorio que Alemania no cedió el Africa Sudoccidental a Sudáfrica y que ésta no conquistó la totalidad del territorio alemán.”

E.— ¿Es la política de apartheid aplicada por el mandatario una vulneración de las estipulaciones del mandato?

*Opinión del magistrado Sr. Forster*¹⁵

“No es ninguna maniobra política ni es tener exclusivamente en cuenta un ideal moral humanitario investigar si la política del mandatario vulnera las disposiciones del mandato objeto del litigio, porque la apreciación de todos los medios (comprendidos los medios políticos) empleados en la ejecución del mandato es asunto de la competencia del juez que entiende en la violación de las obligaciones emanadas del mandato. El juez desempeña su misión cuando declara, de modo afirmativo o negativo, si la política de *apartheid* que inspira la legislación y los reglamentos aplicados en el territorio bajo mandato del Africa Sudoccidental conduce al objetivo definido en el párrafo 2 del artículo 2 del mandato. Ocurre inclusive que en la actualidad el juez es el único que puede hacerlo, porque el mandatario se niega con obstinación a aceptar cualquier fiscalización internacional.

“El silencio que la Corte Internacional de Justicia guarda sobre la conducta del mandatario desconcierta cuando se tiene presente que, en un fallo anterior de 1962, la Corte afirmó su competencia para conocer del fondo de la controversia. La Corte se niega ahora a aceptar la demanda de Etiopía y de Liberia, por considerar que los demandantes no tienen ningún interés jurídico en la materia. Reitero aquí mi convicción de que la concepción clásica del interés jurídico individual no es la sola y única concepción aceptable, y de que no es necesariamente aplicable en este proceso, surgido en

¹⁵ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966, págs. 481 a 483.*

relación con la interpretación y la ejecución de un mandato internacional cuyas estipulaciones tienden a favorecer, no a los Estados que las han suscrito, sino a pueblos africanos que no tienen acceso a nuestro recinto porque no forman todavía un Estado. Por lo demás el interés jurídico no tiene la apariencia de un dogma nítido. Jurisconsultos eminentes que se han ocupado de la materia han tenido que confesar en ocasiones: "Ahora bien, la noción de interés es en sí imprecisa y multiforme..." (Paul Cuche, ex decano de la Facultad de Derecho de Grenoble, y Jean Vincent, profesor de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de Lión, *Précis Dalloz, Procédure civile et commerciale*, 12ª ed., 1960; pág. 19).

"Si la Corte hubiese aceptado llevar un poco más allá el examen a fondo, habría comprobado la multiplicidad de los obstáculos con que se enfrenta el hombre de color y que le impiden el paso en todas las esferas de la actividad social. ¿Hay barreras? Las hay infinitas: para el ingreso en los empleos, para el acceso a la formación profesional, en las condiciones de residencia y de libre circulación. Hasta en el culto religioso se levanta la barrera de color en la iglesia y en el momento de recibir la sagrada comunión.

"A mi juicio, diseminar los obstáculos y multiplicar las barreras no puede contribuir a "acrecentar el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio..." Al contrario, ello equivale, manifiestamente, a violar el párrafo 2 del artículo 2 del mandato."

*Opinión del magistrado Sr. Padilla Nervo*¹⁶

"Decir que la política de *apartheid* es el único medio para evitar el caos y que los pueblos del Africa Sudoccidental no pueden constituir una unidad política y regirse como un solo Estado no justifica la política oficial de discriminación fundada en la raza, el color o la calidad de miembro de un grupo tribal.

"En el párrafo 3 del Artículo 22 del Pacto no se presuponía que los pueblos de estos territorios vivirían en el inmovilismo. Debían pasar por etapas transitorias de desarrollo y, por consiguiente, era inconcebible que los mandatos, o un mandato determinado, tuvieran un carácter estático e inmutable; una transformación tenía que producirse por fuerza a medida que los pueblos progresaban o pasaban de un estadio de desarrollo al siguiente. ¿Se hallan los pueblos del Africa Sudoccidental en la misma fase de desarrollo que hace cincuenta años?

"¿Acaso no ha cambiado la situación económica del territorio? Se estipula en el segundo párrafo del artículo 2 del mandato:

¹⁶ *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports, 1966*, págs. 467 a 470.

El mandatario, utilizando todos los medios a su alcance, acrecentará el bienestar material y moral, así como el progreso social de los habitantes del territorio sometido al presente mandato.

“Incluso si se considera la situación geográfica teniendo en cuenta el alejamiento respecto de los centros de civilización, y el alejamiento es una idea sumamente relativa, ¿puede decirse que el Africa Sudoccidental está ahora tan alejada de los centros de civilización como hace cincuenta años?

“No puedo aceptar que, en relación con la interpretación y la aplicación de las disposiciones del mandato, la competencia de la Corte sea limitada y restringida por los términos estrictos del segundo párrafo del artículo 7 y que la Corte no sea competente para examinar la cuestión de la existencia y el carácter aplicable de una “norma” o de un “criterio” de comportamiento internacional en materia de no discriminación. A mi juicio, la competencia de la Corte no es limitada ni restringida en la materia.

“La Corte no puede ver con indiferencia el hecho de que el mandato se ejerza en las condiciones y circunstancias que existen en 1966, en una época en que la conciencia moral y jurídica del mundo, así como los actos, las decisiones y las actitudes de la colectividad internacional organizada, han enunciado principios y establecido normas de derecho que en 1920 no existían del mismo modo o no se imponían con tanto vigor. La Corte no puede desconocer que “el principio de no discriminación ha sido reconocido internacionalmente con la mayor solemnidad posible” (Jenks).

“Desde la lejana época de la elaboración de los mandatos, la colectividad internacional ha aprobado importantes instrumentos que la Corte debe tener naturalmente en cuenta, entre ellos la Carta de las Naciones Unidas, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, así como muchas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, todos los cuales son instrumentos que en el caso presente tienen importancia para la interpretación y la aplicación de las disposiciones del mandato. Todos estos instrumentos confirman la obligación de estimular el respeto por los derechos del hombre.

“Se ha dicho, en términos bastante moderados, que la política sudafricana de discriminación racial no parecía compatible con las obligaciones que emanan de la Carta.

“La Corte debe tener en cuenta todos estos elementos para determinar si ha habido una violación del derecho internacional o de la obligación impuesta al demandado por el mandato, como lo interpreta la Corte.

“Hay casos en que, por falta de normas consuetudinarias, se

permite aplicar normas y criterios que derivan de ciertos principios jurídicos no controvertidos. Los principios formulados en la Carta de las Naciones Unidas tienen indiscutiblemente este carácter.

“Las resoluciones de la Asamblea General se basan en el reconocimiento universal de los principios enunciados en la Carta y en la necesidad, de orden internacional, de velar por que estos principios se lleven debidamente a la práctica, como han de serlo en las acciones de los Estados.

“Como órgano de las Naciones Unidas, la Corte tiene que cumplir las disposiciones de la Carta relativas a los “propósitos y principios”, que se aplican de modo general a las Naciones Unidas en su conjunto y, por ende, a la Corte, porque ésta es uno de los órganos principales de las Naciones Unidas y porque su Estatuto forma parte integrante de la Carta. Rosenne hace observar lo siguiente:

En general, está fuera de duda que las relaciones mutuas entre los órganos principales se deben basar en el principio general según el cual estos órganos deben cooperar para realizar los objetivos de las Naciones Unidas.

Por su parte, el Sr. Azevedo ha dicho: “La Asamblea General conserva un derecho de vigilancia sobre todas las cuestiones relacionadas con las Naciones Unidas.” Se ha reconocido también que:

La Corte debe cooperar para realizar los objetivos de las Naciones Unidas y procurar que se hagan efectivas las decisiones de los demás órganos principales y que no se llegue a resultados que serían ineficaces.

“La cuestión de saber si el demandado ha desempeñado las obligaciones que le incumben en virtud del segundo párrafo del artículo 2 es un hecho sociológico que debe ser evaluado e interpretado según los principios, las normas y los criterios aceptados en el momento actual por la abrumadora mayoría de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, como no han dejado de ser enunciados a lo largo de muchos años en las resoluciones y las declaraciones correspondientes de la Asamblea General y de otros órganos de la colectividad internacional, de conformidad con las disposiciones contractuales obligatorias de la Carta.

“Se podría sostener que la decisión definitiva sobre esta cuestión tiene un carácter político y debe ser apreciada por la Asamblea General, que debe estar satisfecha del modo en que el mandatario administra el territorio dotado de un estatuto internacional, porque la Asamblea es actualmente el órgano encargado de la vigilancia. A mi juicio, la Corte debería por lo menos decir si una política de discriminación racial está en armonía con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y es compatible con los principios de igualdad y de no discriminación por consideraciones

de raza o de color, que la colectividad internacional enuncia y acepta.

“Los argumentos y los testimonios aducidos por el demandado con objeto de atribuir un carácter político a las múltiples resoluciones sobre el Africa Sudoccidental aprobadas por la Asamblea General a lo largo de los últimos veinte años y la queja según la cual estas resoluciones obedecerían a motivaciones políticas ponen bien de manifiesto que la Corte tiene la obligación de reconocer la importancia y la autoridad de estas resoluciones de la Asamblea General como normas y criterios generalmente aceptados por los Estados Miembros de la organización internacional.

“La Corte debe reconocer también que estas decisiones corresponden a interpretaciones acertadas y razonables de la Carta, de la cual derivan las normas y los criterios jurídicos internacionales que prohíben la discriminación racial y exigen el respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.

“Muchas actividades de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, en particular las que se refieren al problema del Africa Sudoccidental, guardan relación, por su naturaleza política, con el mantenimiento de la paz internacional, cuestión que es también de la competencia de la Corte, que tiene por misión la solución pacífica de las controversias internacionales.

“A causa de estas actividades y bajo la influencia de factores políticos, surgen nuevas normas y criterios jurídicos.

“Al examinar la estrecha interdependencia que existe entre los factores políticos y jurídicos en la evolución de cada una de las ramas del derecho internacional, Rosenne ha hecho algunas observaciones que considero oportuno citar:

Esta interdependencia explica el cuidado con que se efectúa la elección de los miembros de la Corte. . . Pero esta interdependencia va más lejos. Explica los conflictos ideológicos que se plantean en la actualidad en torno a la Corte. (Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, vol. I, pág. 4).

La Carta de las Naciones Unidas y el carácter urgente de los problemas internacionales actuales y de las aspiraciones que se manifiestan en el plano internacional han orientado la acción de la sociedad internacional organizada por nuevos caminos. . . La atmósfera intelectual en la que se debe aplicar hoy el derecho internacional se ha modificado, de suerte que el carácter de la Corte, que es el órgano encargado de aplicar el derecho internacional, se modifica igualmente. (*Ibid.*, págs. 5 y 6).

“Rosenne hace observar también que, a causa de las actividades de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, estas transformaciones afectan directamente a la Corte.

“Sean cuales fueran las conclusiones que se pueda sacar de estas actividades, es evidente que su importancia considerable se

debe a que la colectividad internacional actual está decidida, en su casi totalidad, a luchar para poner fin al colonialismo y al racismo.

“A mi juicio, la Corte debería tener en cuenta este acuerdo general.

“La Asamblea General, como órgano principal de las Naciones Unidas, puede discutir “cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta” (Art. 10) y, en particular, toda cuestión “relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (Art. 11), así como “recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones . . . resultantes de una violación de las disposiciones de esta Carta que enuncian los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas”; en el ejercicio ordinario de estas funciones y poderes, ha aprobado muchas resoluciones relativas a la situación del Africa Sudoccidental, resoluciones que tienen el carácter de normas de conducta, de criterios o de normas generalmente aceptadas que condenan como contrarias a la Carta, al Pacto y al mandato la “discriminación racial” y las violaciones de los “derechos del hombre y de las libertades fundamentales”.

“No se puede invocar legítimamente ningún principio de derecho internacional general que se oponga al objetivo esencial y al fundamento de las obligaciones jurídicas que derivan de la mera existencia del Pacto, del sistema de los mandatos y de la Carta de las Naciones Unidas.

“Las resoluciones de la Asamblea General aprobadas antes de 1960, fecha de la presentación de las demandas, son la expresión virtualmente unánime de la firme oposición de los Estados a la política oficial de *apartheid* practicada en el territorio bajo mandato del Africa Sudoccidental.”

LA CARTA SOCIAL EUROPEA

por

PIERRE PAPADATOS *

El 18 de octubre de 1961 se firmó en Turín, en el seno del Consejo de Europa y por los Estados Miembros del mismo, la Carta Social Europea.

Dicho tratado internacional ha entrado en vigencia para los países que lo han ratificado, con fecha de 26 de febrero de 1965, es decir a los treinta días contados a partir de su ratificación por el quinto Estado firmante, con arreglo al artículo 35, párrafo segundo, del mismo.

La Carta viene a constituir el complemento de la consagración y la protección, en el ámbito internacional, de los derechos humanos fundamentales – tarea emprendida, en nuestros días, por los Estados Miembros del Consejo de Europa. Después del Tratado de Roma de 1950 que consagra los derechos políticos fundamentales del hombre, la Carta establece sus derechos económicos y sociales.

El ámbito restringido en el que ha de desenvolverse el presente estudio no nos permite efectuar un análisis circunstanciado de los derechos sociales. Hemos de limitarnos, por consiguiente, a determinar, en primer lugar, el concepto de derecho social, procurando hacer resaltar aquellos rasgos característicos que lo distinguen de los demás derechos humanos. Después analizamos por separado cada uno de los derechos y principios sociales previstos por la Carta y estudiamos los problemas más importantes que plantea su consagración por un tratado internacional. En último término, formulamos determinadas conclusiones acerca del significado y de la importancia de la Carta, como asimismo sobre el aporte que ella constituye para la realización de los postulados modernos de la Justicia social en las democracias liberales contemporáneas de Europa.

I. EL CONCEPTO DE DERECHO SOCIAL

Cuando fueron creados en el curso del siglo XIX los sistemas jurídicos de los tiempos modernos – para no hablar sino de nuestro pasado inmediato – tenían éstos por finalidad esencial abolir la opresión política a la que estaba sometido el individuo y asegurarle

* Profesor agregado a la Universidad de Atenas.

su libertad en calidad de ciudadano – una libertad que le permitiera dedicarse sin traba alguna a tratar de alcanzar su felicidad y a la realización de la misma (pursuit of happiness)¹). De esa forma, los derechos humanos y las libertades fundamentales, bajo el influjo decisivo de aquella idea directriz, venían a tener por objeto la salvaguardia del individuo contra los abusos del poder, reservando a este último determinado campo de acción, dentro del cual le garantizaban que permanecería libre de toda ingerencia por parte del Estado.

Empero, esta concepción puramente individualista estaba llamada a experimentar en poco tiempo profundas transformaciones impuestas por la realidad de los hechos. La evolución política, económica y social determinó que apareciera en primer plano, situándose, por así decirlo, en el proscenio de la Historia, el deseo imperioso que sentían los pueblos de liberarse, no sólo de la opresión política, sino también de toda otra forma de coacción. Se dieron cuenta que las libertades “políticas” son insuficientes y aparecen incluso quiméricas, sin relación con la vida real. Surgieron entonces problemas inexorables en el pensamiento y en la conciencia de los pueblos con respecto a su libertad efectiva: se preguntaban qué significaba realmente la posibilidad de elegir libremente el trabajo para quien se hallaba expuesto a la arbitrariedad de su empleador o a la amenaza del desempleo. Se interrogaban también acerca del valor efectivo de la inviolabilidad del domicilio para quien se veía privado del hogar más elemental.

En tal situación, agobiado ante problemas de orden financiero y social tan agudos y frecuentemente exasperantes, el hombre de nuestro siglo acaba por utilizar su papeleta de voto, no como un medio de participar en la gestión de los asuntos importantes de interés nacional, sino más bien como órgano de sus reivindicaciones sociales, viniendo de esa forma a transformar la substancia y la función del derecho de voto.

La liberación del hombre de sus problemas financieros y sociales llegó a ser un tema que se hallaba presente de un modo general en la conciencia de los pueblos, mayormente después de la primera guerra mundial. Esta idea fundada por excelencia en la justicia y que dió origen, como se solía decir, a “la forma moderna de la libertad”, halló su expresión concreta al formularse nuevos Derechos Humanos fundamentales. Así se llegó, dentro del marco de la “democracia social”, a reconocer como derechos fundamentales, situándolos en el mismo plano que los derechos políticos, las aspiraciones de todo ser humano al trabajo, a la educación y a la instrucción, a la asistencia social y médica, como asimismo de un modo general,

¹ Cf. *Virginia Bill of Rights*, de 1776 (Artículo 1: *Declaration of Independence*).

su deseo de liberarse definitivamente de la miseria, la inseguridad y, hasta donde fuera factible, de las desigualdades impuestas por la naturaleza.

La realización de tales aspiraciones determinó la aparición en el escenario de la actividad estatal de las necesidades colectivas y del interés común en su acepción más lata y dió lugar a que el Estado se transformara progresivamente de órgano destinado a salvaguardar tan sólo la libertad individual, en órgano encargado de la realización de los fines comunes y de la protección del interés general. Con miras a la consecución de dichos fines, la actividad del Estado se ejerce en lo sucesivo encauzándola en determinada dirección en base a una política económica y social preconcebida, lo que a su vez da lugar a la intervención reguladora del Estado en la vida de los individuos².

Un cambio profundo y radical de la función que el Estado está llamado a desempeñar en la vida social fue el resultado ineludible del advenimiento de los derechos sociales. Estos derechos, en efecto, no son en realidad otra cosa que las pretensiones de todo individuo frente a la colectividad; tienen por objeto asegurarle aquellas prestaciones merced a las cuales le será posible conseguir el desenvolvi-

² Por lo que respecta a los derechos económicos y sociales, véase principalmente: Vlachos, *La nouvelle constitution bavaroise*, 1948, págs. 10 y sigs.; Mirkine-Guetzevitch, *Les constitutions européennes*, 1951, págs. 161 y sigs.; Gurvitch, *La déclaration des droits sociaux*, 1946; Rivero-Védel, *Les problèmes économiques et sociaux de la Constitution du 27 octobre 1946*, en *Droit Social*, núm. 31, 1947; P. Duclos, *L'évolution des rapports politiques depuis 1750*, 1950; Colliard, *Libertés publiques*, 1959, págs. 426 y sigs.; Burdeau, *Les libertés publiques*, 1961, págs. 12 y sigs., 23 y sigs. y 307 y sigs.; Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 11a edición 1965, págs. 70 y sigs.; Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 8a edición, 1965, págs. 211 y sigs.; Forsthoff - Grewe - Bachof - Menzel, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, 1954 (Concepto y naturaleza del Estado social de derecho); Nippede, *Die Grundrechte I-III* (Los derechos fundamentales I-III) 1929-1930; Nawiasky, *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland* (Las ideas fundamentales inspiradoras de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania), 1950, págs. 25 y sigs.; Maunz, *Deutsches Staatsrecht* (Derecho político alemán), 12a edición, 1963, págs. 81 y sigs., 134 y sigs.; Pergolesi, *Orientamenti sociali delle Costituzioni contemporanee*, 1930; Papa Juan XXIII, *Pacem in Terris*, Carta encíclica, 1963.

Sh. Gluek, *The Welfare State and the National Welfare*, 1952; Ranney, *The Governing of Men. An Introduction to Political Science* 1958 pp. 48 ss.; G. Myrdal, *Beyond the Welfare State* 1960 p. 62; T. R. Adam, *Elements of Government. An Introduction to Political Science* 1960 pp. 319 ss.; A. Briggs, *War on Insecurity. Welfare and the State, dans Nato letter* 1962 No. 11 pp. 1 ss.; A. R. Ulam, *Philosophical Foundations of English Socialism* 1951; Brogan-Verney, *Political Patterns in Today's World* 1963 pp. 106 ss.; P. Hall, *The Social Services of Modern England* 1959; R. B. Brandt, *Social Justice* 1962; W. Fleisher, *Sweden. The Welfare State* 1956; G. L. Weil, *The European Convention on Human Rights* 1963; G. Daskalaki, *La Protection Constitutionnelle des Droits Sociaux* 1964 (en griego).

miento pleno y efectivo de su personalidad. En esto radica precisamente la diferencia esencial que existe entre los derechos sociales y los derechos humanos "clásicos", los cuales constituyen "libertades" justamente por el hecho de que es precisamente al individuo a quien incumbe realizarlos por sí mismo mediante el desarrollo de su iniciativa y de sus capacidades dentro del ámbito de la libertad de acción que esos mismos derechos le aseguran. Los derechos sociales, en cambio, no definen en modo alguno una libertad presente; "anuncian" más bien una liberación que habrá de conseguirse, no tanto por el esfuerzo individual como mediante la acción colectiva organizada y dirigida por los gobernantes.

El advenimiento de los derechos sociales constituye una etapa necesaria en la evolución de la democracia liberal moderna. Empero, al propio tiempo, encarna un postulado de Justicia de un alto valor moral que se halla indisolublemente vinculado a nuestra cultura humanista y a nuestra civilización europea considerada en su integridad. Actualmente, por cierto, esto es cosa generalmente admitida, incluso en aquellos países del mundo libre que permanecen particularmente afectos a la tradición individualista. El pensamiento económico contemporáneo en el mundo libre, independientemente de sus distintas variantes individualistas o socialistas, rechaza unánimemente el criterio mantenido por el liberalismo puro que pretende que la iniciativa privada deba siempre ser considerada como un bien y la intervención estatal siempre como un mal. Hasta en los países más afectos al liberalismo económico existe hoy en día cierto dirigismo, puesto que es al Estado al que incumbe asegurar el equilibrio monetario, la estabilidad de los precios, el control de las inversiones, el desarrollo de las obras de interés general, etc. Aparte de eso, resulta que el progreso económico traspasa las posibilidades de la iniciativa privada, por el hecho de que depende esencialmente de la investigación científica cuyo costo viene a ser, por regla general, tan elevado que sólo el Estado se encuentra en condiciones de tomarla a su cargo (en materia de energía atómica, por ejemplo).

Por otra parte el Estado, mediante su intervención, ampara al individuo contra poderosos grupos sociales y financieros, contra monopolios a los que impide abusar de su prepotencia, de manera que las libertades del individuo no son hoy en día únicamente garantías contra el Estado, sino asimismo garantías contra la prepotencia del capital.

Interesa igualmente señalar el carácter relativo de los derechos humanos "clásicos", en particular por lo que respecta al derecho de propiedad, que ya ha dejado de ser aquel derecho absoluto, sagrado e inviolable, sino que se ha transformado en una función social ejercida con arreglo a una finalidad social para cuya consecución está destinado a servir; cabe abrir brecha en el mismo mediante la aplicación de medidas de expropiación forzosa y de nacio-

nalización, así como mediante diversas limitaciones en favor del interés público.

La realización de la democracia social plantea, empero, un grave problema: la intervención siempre creciente del Estado en la vida del individuo reduce sensiblemente la libertad de acción de este último, incluso en el ámbito de materias que en otros tiempos eran consideradas como sagradas e inviolables. Al confiar al Estado la función organizadora y la conducta de su propia vida al sólo fin de obtener la garantía de sus libertades sociales, los hombres van abandonando cada día más la libertad creadora y el espíritu de iniciativa que fueron durante siglos enteros los atributos inalienables de su personalidad y de su dignidad humana al par que constituían un poderoso estímulo creador. Al hacer dejación de esa libertad parecen haber abandonado su vida entera en manos de sus gobernantes . . .

El problema no parece en modo alguno fácil de resolver, porque según todas las apariencias, ha sido causado, al menos en parte, por determinadas antinomias que subsisten entre los ámbitos respectivos de la razón y del derecho y que se revelan en las realidades de la vida social en forma de verdaderos atolladeros de orden ético, lógico y político de los que, con harta frecuencia, somos testigos, especialmente en nuestro tiempo. Y como decía Valéry, conforme va adquiriendo una sociedad mayor desarrollo, más y más profundas van apareciendo las antítesis existentes en toda forma de vida social.

La solución de dicho problema ha llegado a presentar en los momentos actuales un carácter particularmente imperioso y crítico puesto que de ella depende el reinado de la libertad en el mundo. El conflicto actual entre el mundo libre y el totalitarismo, sea este último comunista o de otro género, sólo podrá resolverse, a nuestro modo de ver si se enfoca debidamente en el plano moral e intelectual. La justificación de la democracia liberal moderna, en tanto que se trata de una concepción de la vida, lo mismo que la inutilidad del autoritarismo en general, dependerán en definitiva, del hecho que la primera se muestre capaz de realizar, mediante la libertad, la justicia social que el segundo se propone implantar por la fuerza y la opresión.

El problema es considerado hoy en día en el mundo libre bajo el ángulo de procurar establecer una síntesis que haga posible la coexistencia armónica de las libertades "clásicas" con el dirigismo estatal necesario para asegurar la efectividad de la función social del Estado en una sociedad moderna.

En el presente estudio no hemos de tener que ocuparnos más del problema al que acabamos de aludir, porque la Carta Social Europea que es objeto del mismo contiene solamente los derechos económicos y sociales que habrán de ser cuando menos reconocidos por toda democracia liberal suficientemente desarrollada, habida cuenta que constituyen las condiciones previas para el ejercicio efec-

tivo de las libertades "clásicas", más bien que trabas para la realización de esas mismas libertades.

II. ELABORACIÓN Y OBJETIVOS DE LA CARTA

El derecho interno de las democracias liberales desarrolladas reconoce y establece, por vía de la Constitución y de las leyes, la mayor parte de los derechos económicos y sociales básicos.

En el ámbito internacional se manifiesta asimismo, especialmente desde la segunda guerra mundial, un movimiento en pro del reconocimiento y de la consagración internacional de los derechos sociales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, elaborada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, aparece dedicada en proporción considerable a los derechos económicos y sociales. Fue incluso considerada por sus redactores como la introducción a dos convenciones internacionales destinadas a consagrar, la primera de ellas, los derechos ciudadanos fundamentales del individuo, y la segunda, sus derechos económicos, sociales y culturales. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas llegó incluso a elaborar los anteproyectos correspondientes a esas dos convenciones y los sometió en 1954 al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas³; en estas fechas permanecen todavía en espera de ser sometidos a examen por la Asamblea General.

Por otra parte, el Proyecto de Convención Interamericana de Derechos Humanos, inspirada en el proyecto de las Naciones Unidas, prevé, en un texto único, los derechos ciudadanos y los derechos económicos y sociales⁴. Dicho proyecto no ha cristalizado aun en un tratado internacional.

Las únicas convenciones internacionales actualmente vigentes, fuera de la Carta, que establecen derechos de carácter social, son los convenios internacionales de trabajo concluidos en el seno de la Organización Internacional del Trabajo.

Los textos aludidos han constituido un material de suma utilidad para la formación de la Carta. El proyecto de las Naciones Unidas sobre los derechos sociales, económicos y culturales presenta gran afinidad con la Carta; aún siendo más progresivo — a pesar de aparecer formulado en términos generales y vagos — ha influido especialmente sobre las disposiciones de esta última relativas al control (o sea, a las medidas de inspección y vigilancia) acerca de su aplicación.

³ Doc. E/CN4/705, de febrero de 1954.

⁴ Véase el texto de dicho proyecto en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Vol. IV, núm. 1, 1962, págs. 181-206.

Además, interesa señalar la participación activa y sumamente importante de la Oficina Internacional del Trabajo en la labor de redacción de la Carta. Las comparaciones aportadas por aquélla, durante las distintas fases de la elaboración de la Carta, entre los derechos amparados por esta última y aquellos que aparecen previstos por los Convenios internacionales de Trabajo, han sido particularmente apreciadas⁵.

Cuando, en mayo de 1954, el Comité de Ministros del Consejo de Europa anunció ante la Asamblea Consultiva⁶ de dicha Organización su propósito de implantar una "carta social", subrayó que el objeto de esta última sería completar, mediante los derechos económicos y sociales, el Tratado de Roma de 1950, concluído asimismo en el seno del Consejo de Europa, y que contiene tan sólo los derechos ciudadanos básicos.

La susodicha Carta estaba también llamada a fijar claramente los objetivos comunes de los Estados Miembros en el ámbito social, como asimismo a trazar las líneas directrices de la política social del Consejo de Europa en términos generales.

Los esfuerzos emprendidos por el Consejo a los fines expuestos se desenvolvieron en dos direcciones distintas, al efecto de que los dos aspectos del sujeto, el de orden político y el netamente técnico, pudieron hallar la debida expresión. En vista de ello, se emprendió la elaboración de la Carta de una parte, por un Comité de la Asamblea Consultiva integrado por los representantes de los distintos Parlamentos, y por otra, por el Comité Social del Consejo de Europa en el que figuraban expertos de los Ministerios de Trabajo, de Previsión Social y de Asuntos Sociales de los Estados Miembros.

Independientemente de ello, fue elaborado un proyecto inicial de Carta por una Conferencia tripartita integrada por representantes de los Gobiernos, y de las principales organizaciones de empleadores y de trabajadores de los Estados Miembros; fue convocada en Estrasburgo el año 1958 bajo los auspicios de la O.I.T. y del Consejo de Europa.

Uno de los problemas más delicados con el que hubieron de enfrentarse los redactores de la Carta fue el inherente a la determinación del alcance y del nivel de la política social que en virtud de

⁵ Véase *in extenso*, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. LXIV, núms. 5 y 6, Noviembre y Diciembre de 1961.

⁶ Recordemos que el Comité de Ministros es el órgano ejecutivo del Consejo de Europa; está integrado por los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados Miembros o por quienes los substituyan. La Asamblea Consultiva constituye por otra parte, por así decirlo, el Parlamento de Europa; están integrados por diputados que representan, en proporción a la fuerza numérica de sus respectivos partidos, a los Parlamentos de los Estados Miembros del Consejo.

esa nueva convención habría de ser impuestos a los Estados Miembros del Consejo de Europa. Porque, no obstante su homogeneidad cultural y político-social, los referidos Estados se diferencian considerablemente entre ellos en los distintos sectores de la vida social, tanto por razón de su estructura como por el nivel del desarrollo alcanzado. Sería, por consiguiente contrario a todo realismo y, además, inoportuno consagrar una política social demasiado progresiva y ambiciosa que los Estados Miembros menos avanzados en esa materia no estarían en condiciones de realizar. Pero, por otra parte, no habría tampoco de limitarse esa política a las posibilidades y a la medida de aquello que sea actualmente factible por parte de los Estados firmantes, dado que una de las principales finalidades de la Carta consiste en señalar objetivos de largo alcance que estén llamados a constituir un estímulo para el desenvolvimiento social de los países del Consejo de Europa.

Ofrece indudable interés el observar la presión que constantemente fue ejercida durante la elaboración de la Carta por los representantes de Francia, Bélgica y Holanda — a consecuencia de presiones ejercidas a su vez por sus respectivas organizaciones obreras — para elevar hasta donde fuere posible el nivel de la protección social, presión que hubo de enfrentarse constantemente con la oposición por parte de otros Estados, como Grecia, Italia y Turquía, cuyas posibilidades en cuanto a la realización de una política tan avanzada eran sensiblemente menores. Asimismo, aquellos países que cuentan con un número crecido de emigrantes, como Grecia, Italia e Irlanda, se esforzaron en asegurar por medio de la Carta una protección amplia y eficaz de los obreros migrantes, lo que encontró una actitud reservada por parte de los países de inmigración, tales como el Reino Unido y los países escandinavos.

Por regla general, la Carta optó por encarar este problema siguiendo una vía intermedia. Se limitó a establecer las normas básicas más importantes de la política social, aquellas que se hallan generalmente reconocidas actualmente por las democracias liberales modernas.

Así se explica que determinadas propuestas un tanto atrevidas, formuladas por el Comité Social de la Asamblea Consultiva en un proyecto de convención, el año 1955, no llegaron finalmente a ser aceptadas por la Asamblea. Entre las propuestas aludidas hemos de mencionar la participación de los obreros en la gestión y en los beneficios de la empresa, la protección del ahorro y de los haberes pasivos contra los riesgos inherentes a las fluctuaciones monetarias, el derecho a las educaciones, como asimismo la constitución de un Consejo económico y social europeo en el cual estuvieran representados en igual proporción los empleadores, los trabajadores y el público, que tendría por misión velar por la recta aplicación de la Carta.

La Carta confiere la posibilidad a los Estados firmantes de reconocer progresivamente y con plena libertad de opción, los distintos derechos y principios previstos por la misma, con excepción, empero, de algunos de ellos que las Partes se obligan a reconocer al tiempo de la ratificación de la Carta. Se trata en este caso de un sistema ya aplicado para ciertos Convenios internacionales del Trabajo y que está destinado a facilitar considerablemente la ratificación de la Carta. Más adelante hemos de volver sobre ese sistema.

Abordemos ahora el análisis de las disposiciones contenidas en la Carta ⁷.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA CARTA

Los objetivos de la Carta, como asimismo la naturaleza de los derechos y principios establecidos en la misma, condicionan su estructura y la modalidad particular con que cada uno de los referidos derechos y principios aparece consagrado por esta convención.

La Carta comprende cinco partes y un anexo que forma parte integrante de la misma. La primera parte contiene la declaración de los principios generales de la política social a seguir por las Partes Contratantes. La segunda determina circunstanciadamente en diecinueve artículos los derechos económicos y sociales. La tercera parte, que no comprende más que un sólo artículo, especifica las obligaciones de las partes. La cuarta prevé el sistema de control in-

⁷ Muy poco se ha escrito hasta la fecha acerca de la Carta. Sin duda alguna, los problemas que la aplicación de la Carta en la práctica no dejará de plantear, darán lugar a que se despierte el interés científico. A este respecto, véase sobre todo: Delpérée & Gilon, "La Charte sociale européenne", en *Revue du travail*, Bruselas, núm. 10, octubre de 1958, págs. 1216-1232; Valticos, "La Carta Social Europea y las normas internacionales del trabajo", en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. LXIV, núms. 5 y 6, noviembre y diciembre de 1964, págs. 406-431 y 532-549, respectivamente; Valticos, "La Charte sociale européenne. Sa structure, son contenu, le contrôle de son application", en *Droit social*, núms. 9-10, septiembre-octubre de 1963, págs. 446-482; M. Raphaël, "La protección social en la Europa de mañana", en *Spoudé*, Vol. 11, núms. 5-6 (en griego); Taquet & Gosseries, *La Charte sociale européenne*, Bruselas y París, 1962; Cannelia, "Le droit à la sécurité sociale et les droits connexes de la Charte sociale européenne", en *Revue belge de sécurité sociale*, enero de 1963, págs. 1-45; Haise, "Vor der Ratifizierung der europäischen Sozialcharta durch die BRD" ("Ante la ratificación de la Carta Social Europea por la República Federal de Alemania"), en *Soziale Sicherheit* ("Seguridad Social"), Colonia, noviembre de 1963, págs. 329-332; Khol, "Die europäische Sozialcharta und die Österreichische Rechtsordnung" ("La Carta Social Europea y el ordenamiento jurídico austriaco") en *Juristische blätter* ("Hojas Jurídicas"), febrero de 1965, págs. 75-82; *Boletín de la Comisión Internacional de Juristas*, núm. 18, marzo de 1964, págs. 1-10.

ternacional de la aplicación de la Carta y la quinta precisa cierto número de cuestiones particulares relativas a la ejecución de la misma. Y, en último término, el anexo define el sentido en que procede interpretar ciertas disposiciones de la Carta.

A. Declaración de principios generales (Parte I de la Carta)

En la primera parte aparecen formulados los principios generales que han de informar la política social de los Estados contratantes. Las Partes en la Carta "reconocen como objetivo que habrán de perseguir por todos los medios útiles, tanto en el plano nacional como en el internacional, la realización de las condiciones adecuadas para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos y principios siguientes". A continuación aparecen someramente enunciados todos los derechos y principios que habrán de ser formulados circunstanciadamente en la parte II.

Las disposiciones contenidas en la primera parte plantean un problema por lo que respecta a su naturaleza jurídica: ¿constituyen un mero preámbulo de la convención carente de toda fuerza de obligar o, por el contrario, obligan a las partes contratantes y, de ser así, qué género de obligaciones implican para las mismas?

Para contestar a la pregunta que antecede, hemos de referirnos a cierto rasgo característico de los derechos en cuestión al que oportunamente se ha aludido, a saber: que su realización depende de la participación activa del Estado que instaure y lleva a efecto a esos fines una política económica y social determinada⁸.

Es, por tanto, perfectamente normal que esta acción estatal, que constituye la condición previa y primordial para la conservación de los referidos derechos, aparezca prevista y reglamentada en la primera parte de la Carta. Y es precisamente por ese mismo motivo que las disposiciones en cuestión constituyen, a nuestro entender, reglas de fondo orgánicamente vinculadas y situadas en el mismo plano que las demás normas de la Carta. Este punto de vista aparece basado, no tan sólo en la naturaleza intrínseca de los derechos sociales, sino también en otros dos elementos. El primero de ellos consiste en que las susodichas disposiciones se hallan comprendidas dentro del cuerpo de la Carta, formando incluso la primera parte de la misma y no están situadas fuera del texto principal, como sucede con los preámbulos de los tratados internacionales. El segundo de dichos elementos se refiere al hecho que la Carta prevé expresamente en su parte III (artículo 20) que tiene como subtítulo

⁸ Es, por cierto, debido a esa misma causa, que los derechos en cuestión tienen, como ya se ha indicado, el valor de un "programa", más bien que el de una aseveración de un orden legal existente (Cf. Burdeau, *Les libertés publiques*, pág. 316).

“Obligaciones internacionales” que lo primero a que se comprometen las Partes Contratantes es a “considerar la parte I de la Carta como una declaración por la que se determinan los objetivos cuya realización habrá de tratar de alcanzar cada Parte por todos los medios hábiles, con arreglo a las disposiciones contenidas en el párrafo inicial de la susodicha parte de la Carta”.

Imponer la aplicación de esas reglas es ciertamente algo completamente irrealizable en los momentos actuales, debido a la estructura de la comunidad internacional, que no permite en modo alguno una intervención super-estatal efectiva en la política interior de los Estados, e igualmente por razón de las serias dificultades que presenta, en sí misma, la consagración y la puesta en práctica de una “política social” consumada, en las democracias liberales contemporáneas. Es ciertamente por eso, que la Carta evita cuidadosamente imponer plazos fijos para su realización.

Empero, la importancia de dichas reglas no deja de ser, a pesar de todo, considerable. Actualmente, aparece concentrada principalmente en dos extremos. En primer lugar, la declaración de principios generales contenida en la parte I, en virtud de la cual las Partes Contratantes se comprometen a realizar los objetivos de la política social de la Carta, crea, a nuestro modo de ver, una obligación de índole negativa a cargo de las mismas: es cierto que no impone a las Partes la realización efectiva de su política social dentro de un plazo determinado, pero les priva, no obstante, de la posibilidad de adoptar eventualmente cualesquiera disposiciones de orden legislativo o meramente administrativas que, en cualquier forma, se opongan a dicha política, y aun aquellas que se limiten simplemente a poner trabas al desenvolvimiento normal de las libertades económicas y sociales dentro del país respectivo. Así se infiere del propio análisis lógico de las reglas contenidas en la parte I, como también de la precitada disposición del artículo 20 sobre las obligaciones de las Partes Contratantes. Además resulta que, con arreglo al artículo 31 de la Carta, cuando los derechos y principios enunciados en la parte I sean aplicados de un modo efectivo, no podrán ser objeto de restricciones no especificadas en las partes I y II – con la sola excepción de aquellas que aparecen taxativamente previstas en el artículo 31.

Por consiguiente, podemos concluir que toda eventual actividad política que sea fundamentalmente contraria o incluso aquella que, de hecho, ponga trabas, a la realización de la política social determinada en la parte I, constituye una violación de la Carta igual que la transgresión de cualquier otra norma de la misma.

La importancia que revisten las disposiciones contenidas en la parte I se manifiesta asimismo en otro terreno distinto. Como veremos, la Carta obliga a las Partes Contratantes a reconocer determinados derechos y principios que se hallan previstos en la misma,

en el preciso momento en que proceden a la ratificación de la Carta. Por lo que respecta a los demás derechos y principios, cada país estará facultado para irlos reconociendo progresivamente, conforme considere que su desarrollo económico y social se lo permite. Este sistema, justo y necesario en principio es, no obstante, susceptible en la práctica de debilitar los esfuerzos de los Estados contratantes tendientes al reconocimiento sin dilación de todos los derechos previstos en la Carta y a no limitarse a aquellos que son "obligatorios", amortiguando de esa manera el estímulo de las Partes hacia el progreso social que constituye la aspiración de la Carta. Este peligro queda visiblemente atenuado gracias a la Parte I. En efecto, al fijar expresamente como objetivos de la política social de las Partes todos los derechos y principios expresamente previstos en la Parte II de la Carta, la Parte I acentúa considerablemente la unidad intrínseca existente entre todos los derechos y principios y pone en evidencia que la finalidad última de la Carta es el reconocimiento por las Partes Contratantes de todos los derechos previstos en la misma y no tan sólo de algunos de ellos.

B. Los derechos económicos y sociales particulares (Parte II de la Carta)

Los derechos y principios establecidos en la Carta en sus artículos 1 a 19, constituyen la expresión de las libertades sociales básicas de la democracia liberal contemporánea.

Las Partes Contratantes no están obligadas a reconocer todas esas libertades en forma simultánea al tiempo de la ratificación de la Carta. Se les concede la facilidad de reconocerlos progresivamente con arreglo a las condiciones internas y a su grado de desarrollo económico y social.

No obstante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20, todo Estado está obligado a reconocer al tiempo de proceder a la ratificación de la Carta, un mínimo de diez artículos, o de 45 párrafos numerados entre un total de diecinueve artículos. Empero, cinco de ellos habrán de elegirse entre siete derechos taxativamente determinados por la Carta. Por lo que respecta a los demás, pueden escogerse sin restricción alguna entre los otros derechos previstos por la Carta.

Este sistema nos permite clasificar los derechos previstos por la Carta en dos grupos: el primero que contiene los siete derechos cuasi "obligatorios" y el segundo en el que están comprendidos los demás derechos.

Interesa hacer constar que la elección de los derechos del primer grupo no ha sido efectuada únicamente a base de su importancia intrínseca. Otros factores han sido también determinantes

para que ciertos derechos fueren clasificados entre los del segundo grupo. Enunciamos dos entre los más importantes: la circunstancia de que ciertos derechos aparezcan formulados en términos bastante vagos y generales para que el control acerca de su aplicación resulte, por tal motivo, sumamente difícil, si no imposible. Tal acaece, por ejemplo con las reglas que versan sobre la fijación "de una duración razonable" de la jornada de trabajo diaria y semanal (artículo 2), de una "remuneración equitativa" de los trabajadores (artículo 4), sobre la obligación asumida por cada Estado de "eliminar en la medida de lo posible, las causas que motivan los estados de salud deficientes" (artículo 77), de crear servicios sociales (artículo 14), etc.

Por otra parte, el reconocimiento de determinados derechos presupone la creación de nuevos servicios públicos, lo que rebasaría las posibilidades financieras de ciertos países. Tal acontece, por ejemplo, con las disposiciones relativas a la orientación profesional (artículo 9), la formación técnica y profesional (artículo 10), etc.

Veamos ahora, uno por uno, los derechos previstos por la Carta, comenzando por los del primer grupo.

a) Los derechos y principios comprendidos en el primer grupo

Derecho al trabajo

El artículo 1 establece las bases de una política general del empleo. En vista de asegurar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes Contratantes asumen las obligaciones siguientes:

- 1) Reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades el logro y el mantenimiento del nivel más elevado y más estable posible de empleo con miras a la consecución del pleno empleo.

- 2) Salvaguardar el derecho del trabajador a ganar su vida en una ocupación libremente aceptada.

A título de interpretación en cierto modo restrictiva, se especifica en el anexo a la Carta, que la precitada disposición "no podría interpretarse en el sentido de que prohíbe o autoriza las cláusulas o prácticas de seguridad sindical".

- 3) Crear o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores, y por último,

- 4) Facilitar o promover una orientación, formación y readaptación profesional adecuada de los trabajadores.

Derecho sindical

En el artículo 5 establece la Carta mediante una disposición de aplicación general, el derecho a la organización sindical. Im-

pone a las Partes Contratantes la obligación de no menoscabar por medio de su legislación nacional, o mediante la aplicación de esta última, el derecho de los trabajadores y de los empleadores de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales, así como el de adherirse a tales organizaciones.

Esta disposición se halla inspirada en el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, adoptado en 1948 por la Organización Internacional del Trabajo. Este constituye el texto de base en materia de derecho sindical; está ratificado por alrededor de setenta países.

La Carta se limita a sentar el principio; se abstiene de definir los derechos particulares y las garantías emanadas de los mismos, como lo hace el precitado Convenio de la O.I.T. Pero prevé, a pesar de ello, dos excepciones a la regla general: las relativas a las libertades sindicales de la policía y de las fuerzas armadas, que habrán de determinarse por la legislación o la reglamentación nacional de cada país.

Derecho de negociación colectiva

El ejercicio efectivo de este derecho está asegurado, con arreglo al artículo 6, por las Partes Contratantes que asumen a esos efectos las obligaciones siguientes:

- 1) Favorecer la celebración de consultas paritarias entre ... trabajadores y empleadores.
- 2) Promover la instauración de procedimientos de negociación voluntaria entre los empleadores o las organizaciones de empleadores, de una parte, y las organizaciones de trabajadores, de otra parte, a fin de reglamentar las condiciones de empleo por medio de convenios colectivos.
- 3) Favorecer la instauración y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntario para la solución de los conflictos laborales. Hemos de consignar el hecho, que el carácter "voluntario" del procedimiento arbitral para la solución de conflictos fue insistentemente recalado durante la elaboración de estos preceptos.

Las Partes Contratantes "reconocen" a continuación el derecho de los trabajadores y de los empleadores a emprender acciones colectivas en caso de conflictos de intereses. Y se hace constar expresamente que entre las referidas acciones está comprendido asimismo "el derecho de huelga".

No obstante, cualesquiera actividades del género indicado están limitadas por las obligaciones que eventualmente puedan emanar de los convenios colectivos vigentes. Además, se precisa en el anexo a la Carta que cada una de las Partes Contratantes puede, en lo

que a ella respecta, reglamentar el ejercicio del derecho de huelga por la legislación nacional, a condición de que no imponga otras restricciones que aquellas que puedan eventualmente aparecer justificadas con arreglo al artículo 31. Este artículo alude, como se verá más adelante, a las restricciones necesarias prescritas por la ley en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de los individuos o para salvaguardar el orden público, la seguridad nacional, la salubridad pública o las buenas costumbres.

El artículo 6 se destaca por el hecho de que constituye la primera consagración expresa del derecho de huelga en el ámbito del derecho internacional convencional. Ni siquiera el Convenio de la O.I.T. sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación de 1948, que es sensiblemente más avanzado y detallado en la determinación de las libertades sindicales, prevé expresamente el precitado derecho de huelga.

En tanto que se trata de una posición de principio, esta regla constituye ya por sí sola un progreso considerable. Ciertamente, la aplicación y el alcance de ese principio dependerán en definitiva del uso que hagan las Partes Contratantes de las restricciones del artículo 31, como asimismo del control internacional al que habrán de someterse a este respecto con arreglo a las disposiciones pertinentes de la Carta.

Derecho a la seguridad social

También en este terreno, la Carta se contenta con establecer el principio general y fijar los límites mínimos de la seguridad social.

En virtud del artículo 12, las Partes se obligan:

- 1) A crear o a mantener un régimen de seguridad social,
- 2) A mantener dicho régimen a un nivel satisfactorio, como mínimo igual al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo núm. 102 sobre la seguridad social (norma mínima).

Los redactores de la Carta habían pensado en un principio referirse por lo que respecta a este punto concreto al Código Europeo de Seguridad Social que se encontraba todavía entonces en período de elaboración por el Consejo de Europa. Interesa hacer constar que dicho Código, a pesar de hallarse basado en el Convenio Internacional del Trabajo núm. 102, estaba llamado a predefinir un nivel superior de protección. Así se explica la advertencia oportunamente formulada, que después de la adopción del referido Código — que tuvo lugar en 1964 — se prepararía la modificación de la Carta sobre ese punto para ponerla en armonía con el nuevo Cuerpo legal.

3) A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social. A estos efectos, los redactores de la Carta tuvieron también en cuenta el Protocolo anexo al Código Europeo de Seguridad Social.

4) A adoptar las medidas pertinentes, mediante la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales adecuados o por otros medios, con el fin de garantizar la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes Contratantes en cuanto afecta a los derechos inherentes a la seguridad social, incluso al mantenimiento de las ventajas otorgadas por las legislaciones nacionales en materia de seguridad social, con independencia de los desplazamientos que las personas así amparadas puedan efectuar entre los territorios de las Partes Contratantes.

Las Partes se obligan además a garantizar la concesión, el mantenimiento y el restablecimiento de los derechos inherentes a la seguridad social, valiéndose de medios tales como la totalización de los períodos de seguro o de empleo cumplidos con arreglo a la legislación nacional de cada una de las Partes contratantes.

En último término, se precisa en el anexo a la Carta, que para las prestaciones concedidas con independencia de un sistema contributivo, podrá una Parte Contratante exigir, dentro de los precitados acuerdos, el cumplimiento de un período de residencia.

Derecho a la asistencia social y médica

Para asegurar el ejercicio efectivo de estos derechos, las Partes Contratantes asumirán las obligaciones siguientes:

1) Velar por que se facilite una asistencia social y médica adecuada a toda persona que no disponga de recursos suficientes y que no esté en condiciones de procurarse dicha asistencia por sus propios medios o de recibirla de ningún otro modo, especialmente a través de prestaciones concedidas por un régimen de seguridad social.

2) Velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no vean disminuidos, por ese motivo, sus derechos políticos o sociales.

3) Cuidar de que todas las personas aludidas puedan obtener, a través de los servicios competentes, cuantos consejos y ayuda personal necesiten para precaverse contra los estados de necesidad de carácter personal o familiar o para remediarlos o aliviarlos.

4) Aplicar las precitadas disposiciones en un pie de igualdad con sus propios nacionales a los nacionales de las otras Partes Contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones que asumen en virtud de la Convención Europea de Asistencia Social y Médica concluída en 1953 en el seno del Consejo de Europa.

Derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica

Con objeto de establecer las condiciones necesarias para el pleno desarrollo de la familia, "célula fundamental de la sociedad" conforme a los términos de la Carta (artículo 16), las Partes Contratantes se obligan a promover la protección económica y social de la vida familiar, especialmente por medio de prestaciones sociales y familiares, medidas fiscales, fomento de la construcción, fomento de la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los nuevos hogares, etc.

Derecho de los trabajadores migrantes y de sus familias a gozar de protección y de asistencia

Para la realización de este derecho, la Carta impone a las Partes Contratantes una serie de obligaciones (artículo 19), a saber:

1. Mantener o cerciorarse de la existencia de servicios gratuitos adecuados encargados de prestar ayuda a los trabajadores migrantes, de facilitarles informaciones exactas, y de adoptar cuantas medidas resulten eficaces contra toda propaganda que pueda inducir a error en materia de emigración o inmigración.
2. Adoptar medidas adecuadas para facilitar la salida, el viaje y la acogida de esos trabajadores y de sus familias, y asegurarles durante el viaje, los servicios sanitarios y la asistencia médica que necesiten como asimismo buenas condiciones higiénicas.
3. Promover la colaboración entre los servicios sociales, tanto públicos como privados, de los países de emigración y de inmigración.
4. Garantizar a esos trabajadores, en tanto que esto dependa de la legislación o de la reglamentación administrativa del país respectivo, un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo concerniente a la remuneración y demás condiciones de empleo y de trabajo, la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los convenios colectivos, como asimismo en materia de vivienda.
5. Asegurar un tratamiento no menos favorable que a sus propios nacionales en lo que concierne a impuestos, derechos y demás contribuciones relacionadas con el trabajo que puedan exigirse al trabajador.
6. Facilitar en la medida de lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador migrante. La expresión "familia del trabajador migrante" habrá de interpretarse, conforme a una disposición del anexo a la Carta en el sentido de que comprende "como mínimo, la esposa del trabajador y sus hijos menores de 21 años que estén a su cargo.

7. Asegurar a dichos trabajadores un tratamiento no menos favorable que a sus propios nacionales en materia de acciones judiciales concernientes a cualesquiera cuestiones enunciadas en este mismo artículo.

8. Garantizar que esos trabajadores sólo podrán ser expulsados en el caso de que amenacen la seguridad del Estado o contravengan al orden público o a las buenas costumbres.

9. Permitir, dentro de los límites fijados por la legislación nacional, la transferencia de cualquier parte de las ganancias y de las economías de los trabajadores migrantes que estos deseen transferir.

10. Hacer extensiva la protección y la asistencia previstas por este mismo artículo 19 a los trabajadores migrantes que trabajen por cuenta propia.

b) Los derechos y principios comprendidos en el segundo grupo

**Derecho a condiciones de trabajo
equitativas**

La Carta fija las cinco condiciones esenciales que han de observarse durante el desempeño de todo trabajo para que éste se desenvuelva con arreglo a las exigencias de la Justicia (artículo 2).

Dichas condiciones, impuestas a las Partes Contratantes, son las siguientes:

1. La fijación de una duración razonable a la jornada de trabajo diaria y semanal. Durante la elaboración de la Carta, los representantes de los trabajadores propusieron, y su propuesta llegó incluso a ser aprobada por la Asamblea Consultiva, que dicha duración fuera determinada de un modo más concreto, y en particular, que se introdujera la semana de cuarenta horas. Esta propuesta no fue finalmente aceptada. El artículo 2 prevé sencillamente que la jornada semanal de trabajo sea progresivamente reducida en tanto que el aumento de la productividad y los demás factores que entran en juego lo permitan.

2. La concesión de días feriados pagados.

3. La concesión de vacaciones pagadas anuales de dos semanas, como mínimo.

4. La concesión a los trabajadores empleados en determinadas ocupaciones peligrosas o insalubres, ya sea de una reducción del tiempo de duración del trabajo, ya sea de vacaciones pagadas suplementarias.

5. La concesión de un descanso semanal que coincida, siempre que sea factible, con el día de la semana consagrado como día de reposo por la tradición o la costumbre del país o de la región. Esta

última condición fue formulada basándose en la disposición correspondiente del Convenio Internacional del Trabajo sobre el descanso semanal. La propuesta de la Asamblea Consultiva de que se fijara la duración del referido descanso semanal en treinta y seis horas, como mínimo, no fue aceptada.

En algunos países las condiciones que acabamos de enunciar se suelen establecer por regla general no por ley, sino en virtud de convenios colectivos celebrados entre empleadores u organizaciones de empleadores y organizaciones de trabajadores, o por cualesquiera otros medios distintos de la vía legislativa. Con respecto a esos países prevé la Carta (artículo 33) que pueden asumir las obligaciones enumeradas en el artículo 2 y que dichas obligaciones se considerarán cumplidas desde el momento en que las disposiciones del caso sean aplicadas a la gran mayoría de los trabajadores en virtud de los convenios aludidos o por otros medios.

Por otra parte, en aquellos Estados en que esas cuestiones sean normalmente de la competencia de los órganos legislativos, las Partes Contratantes podrán asimismo asumir las obligaciones correspondientes, y esas obligaciones se considerarán cumplidas desde el momento en que las disposiciones en cuestión sean aplicadas por ministerio de la Ley a la gran mayoría de los trabajadores interesados (artículo 33).

Derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo

El artículo 3 estatuye que las Partes Contratantes se comprometen a promulgar reglamentos de seguridad e higiene en el trabajo, así como medidas adecuadas para controlar la aplicación de dichos reglamentos. Asimismo están obligadas a consultar, en caso necesario, las organizaciones de empleadores y de trabajadores sobre las medidas tendientes a mejorar la seguridad y la higiene en el trabajo.

Derecho a una remuneración equitativa

En vista de asegurar el goce efectivo de tan esencial derecho, las Partes Contratantes se comprometen:

- 1) A reconocer el derecho de los trabajadores a percibir una remuneración suficiente, que permita a ellos y a sus familias, mantener un nivel de vida decente.
- 2) A reconocer el derecho de los trabajadores a tarifas de salario aumentadas para las horas extraordinarias de trabajo, con excepción de determinados casos particulares.
- 3) A reconocer el derecho de todos los trabajadores, de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor. Se

trata en este caso del principio de igualdad de remuneración consagrado por el Convenio sobre igualdad de remuneración adoptado en 1951 por la Conferencia Internacional del Trabajo.

4) A reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo de preaviso razonable en los casos de cese en el empleo. Empero, conforme al anexo a la Carta, este derecho no deberá excluir la posibilidad de un despido inmediato con motivo de falta grave.

5) A no autorizar retenciones con cargo a los salarios sino en las condiciones y dentro de los límites prescritos por las leyes o los reglamentos nacionales o fijados en virtud de convenios colectivos o de laudos arbitrales. Por otra parte, se prevé en el anexo a la Carta que una Parte Contratante podrá asumir esta obligación siempre que las retenciones con cargo a los salarios estén prohibidas para la gran mayoría de los trabajadores, ya sea por ministerio de la Ley, ya sea en virtud de convenios colectivos o de laudos arbitrales, a condición de que las sóloas excepciones admitidas se refieran a personas excluidas del ámbito de aplicación de esos instrumentos.

Derechos de los niños y de los adolescentes a gozar de la debida protección

El artículo 7 impone a las Partes Contratantes una serie de obligaciones al efecto de garantizar la protección de los niños y adolescentes:

1. Fijar en 15 años la edad mínima de admisión al empleo. Se prevén, no obstante, ciertas excepciones a esta regla para los niños empleados en determinados trabajos ligeros que no impliquen un riesgo para su salud, su moralidad o su instrucción.
2. Fijar una edad mínima más elevada de admisión al empleo para ciertas ocupaciones consideradas peligrosas o insalubres.
3. Prohibir a los menores en edad escolar el empleo en cualesquiera trabajos que les impidan beneficiarse plenamente de la enseñanza.
4. Limitar la duración del trabajo para los jóvenes trabajadores de menos de 16 años, al efecto de que permita atender a las exigencias de su desarrollo y más particularmente a las necesidades de su formación profesional.
5. Reconocer el derecho de los jóvenes trabajadores y aprendices a percibir una remuneración equitativa o una asignación adecuada.
6. Prever que las horas dedicadas por los adolescentes a su formación profesional durante la jornada normal de trabajo, con el consentimiento del empleador, serán consideradas como comprendidas dentro de la jornada de trabajo.
7. Fijar en tres semanas, como mínimo, la duración de las vacaciones anuales pagadas de los trabajadores de menos de 18 años.

Al discutirse esta disposición, los representantes de los trabajadores habían propuesto un mínimo de duración de cuatro semanas para dichas vacaciones.

La Carta prevé (artículo 33) que en los Estados Miembros en que las cuestiones a que se refieren los precitados párrafos 4, 6 y 7 se traten normalmente en convenios colectivos concluidos entre empleadores u organizaciones de empleadores y organizaciones de trabajadores o se reglamenten de ordinario de otro modo que no sea por vía legislativa, los Estados aludidos podrán asumir las obligaciones correspondientes y éstas se considerarán cumplidas, siempre que las disposiciones del caso se apliquen a la gran mayoría de los trabajadores interesados. Asimismo en aquellos Estados en que tales cuestiones sean normalmente de la competencia de los órganos legislativos, podrán esos Estados asumir las obligaciones correspondientes y dichas obligaciones se considerarán cumplidas siempre que las disposiciones del caso sean aplicadas por ministerio de la Ley a la gran mayoría de los trabajadores interesados.

8. Prohibir el empleo en trabajos nocturnos de menores de 18 años, salvo cuando se trate de ciertas ocupaciones determinadas por la legislación o la reglamentación nacional.

Esta regla se encuentra atenuada por una disposición contenida en el anexo a la Carta, con arreglo a la cual se considerará cumplido este requisito por la Parte Contratante, siempre que ésta prevea en su Legislación una disposición prohibitiva, en virtud de la cual la gran mayoría de los menores de 18 años no podrán ser 9. Prever un reconocimiento médico a intervalos regulares para los menores de 18 años que desempeñen ciertos empleos determinados al efecto por la legislación o la reglamentación nacional. empleados en trabajos nocturnos.

Los representantes de los trabajadores habían propuesto, al tiempo de formularse esta regla, hacer extensivo el reconocimiento médico a todos los trabajadores menores de 18 años, con objeto de proteger más eficazmente su salud. Esta propuesta no llegó a ser tenida en cuenta; en cambio, queda asegurada una protección importante merced a la disposición siguiente.

10. Asegurar una protección especial contra los peligros físicos y morales a que se hallan expuestos los niños y los adolescentes, y especialmente contra aquellos riesgos que se deriven directa o indirectamente de su trabajo.

Derecho de las mujeres trabajadoras a la protección

La Carta concede una especial protección a la mujer que trabaja (artículo 8). Las Partes Contratantes asumen a este respecto las obligaciones siguientes:

1. Asegurar a las mujeres trabajadoras, antes y después del alumbramiento, un período de descanso de una duración total de 12 semanas, como mínimo, ya sea en forma de vacaciones pagadas, ya sea por medio de prestaciones adecuadas de los regímenes de seguridad social o efectuadas con cargo al Tesoro público.

Los Convenios Internacionales del Trabajo, que prevén también por su parte una protección similar, no permiten en ningún caso que las prestaciones aludidas estén a cargo del empleador, restricción que fue establecida para precaver todo riesgo de desigualdad en el trato de las trabajadoras y de dificultades para el cobro. Una propuesta de la Asamblea Consultiva para que se adoptare esa misma solución quedó rechazada, empero.

2. Considerar como acto ilegal por parte de todo empleador, el hecho de notificar su despido a cualquier mujer que se halle ausente de su empleo en disfrute del permiso de maternidad o de efectuar la notificación en una fecha que dé lugar a que el plazo de preaviso expire durante la referida ausencia.

3. Asegurar a las mujeres trabajadoras que amamanten a sus hijos el derecho a los descansos suficientes para la lactancia, durante sus horas de trabajo.

4a. Reglamentar el empleo de la mano de obra femenina en trabajos nocturnos en los empleos industriales.

b. Prohibir el empleo de la mano de obra femenina en trabajos subterráneos, en las minas y, en su caso, en todos aquellos trabajos que en razón de su carácter peligroso, insalubre o penoso, no sean adecuados para ser desempeñados por mujeres.

Esta disposición constituye una solución intermedia entre dos criterios extremos que fueron mantenidos durante la discusión de esta regla. En efecto, ciertas representaciones escandinavas se mostraron contrarias al principio mismo de conceder una protección especial a las mujeres trabajadoras, a excepción de las embarazadas y de las madres lactantes. Otras, en cambio, propugnaron una reglamentación específica de todo empleo de mujeres en trabajos nocturnos y no únicamente en los empleos industriales.

Derecho a la orientación profesional

La Carta define este derecho en términos generales, sin proceder a una reglamentación detallada como lo hacen los Convenios Internacionales del Trabajo.

Con arreglo al artículo 9, las Partes Contratantes se obligan a proporcionar o promover un servicio que ayude a cualesquiera personas, incluso a aquellas que se encuentren físicamente disminuídas, a resolver los problemas relativos a la elección de profesión u oficio o al progreso profesional, habida cuenta de las características del interesado y de la relación que pueda haber entre las mismas

y las posibilidades del mercado del empleo.

Dicha ayuda habrá de prestarse gratuitamente, tanto a los jóvenes, con inclusión de los niños en edad escolar, como a los adultos.

Derecho a la formación profesional

Para asegurar la aplicación efectiva de este derecho, las Partes Contratantes se obligan (conforme al artículo 10):

1. A asegurar o a favorecer la formación técnica y profesional de todas las personas, incluso de aquellas que se encuentren físicamente disminuidas, previa consulta con las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores, y a proporcionar medios que permitan el acceso a la enseñanza técnica superior y a la enseñanza universitaria, tomando como único criterio las aptitudes individuales.
2. A asegurar la adopción de un sistema de aprendizaje y de otros sistemas de formación de los jóvenes trabajadores de uno y otro sexo.
3. A asegurar y favorecer la adopción de medidas adecuadas y fácilmente accesibles con miras a la formación profesional de trabajadores adultos, como asimismo de medidas especiales para la reeducación profesional de trabajadores adultos en el caso que la evolución técnica o una nueva orientación del mercado de trabajo lo hagan necesario.
4. A fomentar la plena utilización de los medios previstos por medio de disposiciones adecuadas tales como la reducción o la abolición de todos los derechos y gravámenes, la concesión de ayuda financiera en los casos indicados, la inclusión en la jornada normal de trabajo del tiempo dedicado a los cursos complementarios de formación profesional seguidos durante el empleo por el trabajador a requerimiento de su empleador; asimismo ha de procurarse establecer la garantía mediante un control adecuado, previa consulta con las organizaciones profesionales de empleadores y trabajadores, de la eficacia del sistema de aprendizaje y de todo otro sistema de formación profesional para jóvenes trabajadores y, de un modo general, de cuanto afecta a la protección adecuada de los jóvenes trabajadores.

En los Estados Miembros en que las precitadas cuestiones se traten normalmente en convenios colectivos concluidos entre empleadores u organizaciones de empleadores y organizaciones de trabajadores o se reglamenten de ordinario de otro modo que no sea por vía legislativa, las referidas Partes Contratantes podrán asumir las obligaciones correspondientes y éstas se considerarán cumplidas, siempre que las disposiciones del caso se apliquen a la gran mayoría de los trabajadores interesados. Asimismo, en los Estados Miembros en que tales cuestiones sean normalmente de la competencia de los órganos legislativos, podrán las Partes Contratantes asumir las obli-

gaciones correspondientes y tales obligaciones se considerarán cumplidas, siempre que las disposiciones del caso sean aplicables por ministerio de la Ley a la gran mayoría de los trabajadores interesados (Artículo 33).

Derecho a la protección de la salud

Con el fin de asegurar la aplicación efectiva de este derecho, las Partes Contratantes se obligan a adoptar las medidas adecuadas, ya sea directamente, ya sea en cooperación con las respectivas organizaciones públicas o privadas. Como tales, menciona el artículo 11 a modo de indicación, las siguientes: la eliminación, hasta donde sea posible, de las causas que motivan los estados de salud deficientes, la prestación de servicios de consulta y de educación para el mejoramiento del estado sanitario de la población y el desarrollo del sentido de responsabilidad individual en materia sanitaria y la prevención, hasta donde sea factible, de las enfermedades epidémicas, endémicas y cualesquiera otras.

Derecho a beneficiarse de los servicios sociales

Las Partes Contratantes se obligan (artículo 14) a estimular u organizar los servicios correspondientes mediante la aplicación de métodos propios para el servicio social y que contribuyan al bienestar y al desenvolvimiento progresivo de los individuos y grupos dentro de la comunidad, como asimismo a su adaptación al medio social. Se obligan igualmente a estimular la participación de individuos y de organizaciones benéficas o de otro tipo en la creación o en la mantención de tales servicios.

Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social

La aplicación efectiva de este derecho aparece igualmente asegurada (con arreglo al artículo 15) en virtud de obligaciones de carácter general que habrán de ser asumidas por las Partes Contratantes. Estas se comprometen a adoptar las medidas adecuadas para poner a disposición de los interesados medios de formación profesional, con inclusión, en caso necesario, de aquellos que puedan aportar las instituciones especializadas públicas o privadas.

Se obligan también a tomar las medidas oportunas para pro-

curar un empleo a las personas físicamente disminuidas, valiéndose para ello, en particular, de servicios especializados de colocación, de las posibilidades que ofrece el empleo protegido y de medidas propias para incitar a los empleadores a contratar personas físicamente disminuidas.

Derecho de la madre y del niño a la protección social y económica

Con respecto a este derecho, la Carta prevé escuetamente (artículo 17) que las Partes Contratantes adoptarán todas las medidas necesarias y apropiadas, incluso las referentes a la creación o al mantenimiento de instituciones o servicios adecuados.

Derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de las demás Partes Contratantes

La realización de este derecho queda asegurada de un modo efectivo en virtud de determinadas obligaciones asumidas por las Partes Contratantes, tales como las referentes a la aplicación con arreglo a un criterio liberal de los reglamentos vigentes, la simplificación de las formalidades exigidas y la reducción o supresión de los derechos consulares y demás exacciones a cargo de los trabajadores extranjeros o de sus empleadores, como también a la conveniencia de dar mayor flexibilidad a las disposiciones reglamentarias que rigen en materia de empleo de trabajadores extranjeros.

Además, las Partes Contratantes reconocen expresamente el derecho de salida de sus nacionales que deseen ejercer una actividad lucrativa en el territorio de cualquiera de los demás Estados firmantes (artículo 18).

c) *Obligaciones asumidas por las Partes Contratantes (Parte III de la Carta)*

Hemos visto que la Carta exige como requisito previo para su ratificación la declaración formulada por cada una de las Partes Contratantes en virtud de la cual ésta se considera ligada por determinado *mínimum* de derechos y principios contenidos en la Carta.

Cada una de las Partes podrá ulteriormente, en cualquier momento, declarar mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que se considera ligada por cualquier otro artículo o párrafo de los comprendidos dentro de la parte II de la Carta que no hubiere aceptado aún. Y el Secretario comunicará a todos los Gobiernos firmantes y al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo toda notificación que reciba a esos efectos (artículo 20).

Además, se prevé en el artículo 20 que cada una de las Partes Contratantes dispondrá de un sistema de inspección del trabajo adaptada a sus condiciones nacionales.

Hemos de señalar asimismo que, como se indica expresamente en la Carta, (artículo 32) las susodichas disposiciones constituyen reglas mínimas de protección y no podrán, por lo tanto, interferir en las normas de derecho interno o internacional vigentes o que entren en vigor en lo sucesivo y que garanticen condiciones más favorables para las personas protegidas.

Esta regla viene a ser idéntica a la enunciada en el artículo 19, párrafo 8 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

d. Excepciones y Restricciones a las Disposiciones de la Carta (Parte V de la Carta)

La Carta prevé ciertas excepciones a las reglas por ella misma establecidas, así como determinado número de restricciones para su aplicación.

Con arreglo al artículo 30, en caso de guerra o de peligro para la seguridad pública que amenace la vida de la Nación, podrá toda Parte Contratante adoptar las disposiciones pertinentes para suspender el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Carta. En el anexo a la Carta se especifica que la "amenaza de guerra" se halla igualmente comprendida entre esos casos.

Dichas excepciones habrán de limitarse en toda eventualidad a ser aplicadas en la estricta medida en que lo exija la situación y, además, no deberán hallarse en contradicción con las obligaciones emanadas del Derecho Internacional.

Asimismo, toda Parte Contratante que haya hecho uso de ese derecho a establecer excepciones estará obligada, dentro de un plazo razonable, a dar cuenta documentada al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas adoptadas y de las razones que las hayan motivado. Habrá de informar igualmente al Secretario General acerca de la fecha en que dichas medidas hubieren dejado de estar en vigor y a partir de la cual las disposiciones de la Carta aceptadas por la Parte en cuestión hayan de surtir nuevamente plenos efectos.

En último término, el Secretario General dará asimismo traslado a las demás Partes Contratantes y al Director General de la O.I.T. de todas las comunicaciones precitadas que haya recibido.

Por lo que respecta a las restricciones a la aplicación a la Carta (artículo 31) éstas se hallan prohibidas con excepción de aquéllas que estén prescritas por la Ley y que resulten necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto a los derechos y libertades individuales o para salvaguardar el orden público, la

seguridad nacional, la salubridad pública o las buenas costumbres. En el propio artículo se dice igualmente que tales restricciones no podrán aplicarse a otro fin que aquél para el que hayan sido previstas.

Formulado en esos términos, el artículo 31 ofrece ciertamente a las Partes Contratantes la posibilidad de introducir serias restricciones. Al tiempo de redactarse la Carta fue, desde luego, acerbamente criticado por los representantes de los trabajadores que reclamaban la supresión del mismo por temor de los abusos a que pudiese dar lugar su aplicación. Existe, en efecto, ese peligro, pero no por eso deja de ser esta regla ineluctable. El problema se reduce, en definitiva, a la posibilidad de efectuar un control internacional verdaderamente eficaz de la aplicación de la Carta; más adelante volveremos sobre este asunto.

e. Otras disposiciones

Ambito de aplicación territorial de la Carta (artículo 34)

La Carta se aplica al territorio metropolitano de las Partes Contratantes; cada uno de ellas podrá precisar por medio de una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, cual es el territorio que considera como su territorio metropolitano.

Toda Parte Contratante podrá declarar en cualquier momento, mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que la Carta habrá de aplicarse, en su totalidad o en parte, al territorio no metropolitano o a aquellos de entre los territorios no metropolitanos designados por la misma, con respecto a los cuales tenga a su cargo el aseguramiento de las relaciones internacionales o sobre los cuales asuma la responsabilidad internacional.

Por último, el procedimiento previsto para hacer extensivas las obligaciones asumidas ulteriormente por una de las Partes Contratantes será igualmente aplicable al caso de los territorios no metropolitanos.

Enmiendas a la Carta (artículo 36)

Todo Miembro del Consejo de Europa podrá proponer enmiendas a la Carta. La comunicación correspondiente será dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, quien dará traslado de la misma a los demás Miembros del referido Consejo.

Todo enmienda será examinada por el Comité de Ministros y habrá de someterse a dictamen de la Asamblea Consultiva.

Toda enmienda aprobada por el Comité de Ministros entrará en vigor a los treinta días transcurridos después de que todas las Partes Contratantes hayan dado cuenta de su aceptación al Secretario General.

El Secretario General notificará a todos los Estados Miembros del Consejo de Europa y al Director General de la O.I.T. la entrada en vigor de dichas enmiendas.

Denuncia de la Carta (artículo 37)

Ninguna de las Partes Contratantes podrá denunciar la Carta hasta la expiración de un período de cinco años contado a partir de la fecha en que la Carta haya entrado en vigor en lo que afecta a la Parte en cuestión, o hasta la expiración de cualquier otro período ulterior de dos años.

Un preaviso de denuncia será notificado, en todo caso, con seis meses de antelación como mínimo, al Secretario General del Consejo de Europa, quien dará cuenta del mismo a las demás Partes y al Director General de la O.I.T.

Dicha denuncia no afectará a la validez de la Carta con respecto a las demás Partes Contratantes, a reserva de que el número de éstas no sea en ningún momento inferior a cinco.

La denuncia podrá ser parcial, para determinados artículos o párrafos solamente, a reserva de que el número total de los artículos que hayan de permanecer en vigor no sea inferior a 10 y el de los párrafos equivalentes no inferior a 45, y que el "mínimo" obligatorio (prescrito por el artículo 20) sea igualmente respetado.

Por último, la denuncia, parcial o total, de la Carta habrá de efectuarse también en la forma indicada con respecto a los territorios no metropolitanos.

f. El Control de la Aplicación de la Carta (Parte IV de la Carta)

La Carta establece el sistema con arreglo al cual se ha de efectuar el control sobre la aplicación de la misma; el anexo a la Carta contiene también una disposición aclaratoria a este respecto.

Con arreglo al artículo 21, las Partes Contratantes presentarán al Secretario General del Consejo de Europa, en la forma que determine el Comité de Ministros, una memoria bienal acerca de la aplicación de las disposiciones de la parte II de la Carta que hayan aceptado.

Las Partes Contratantes presentarán asimismo (artículo 22) al Secretario General, a intervalos adecuados y a petición del Comité de Ministros, memorias relativas a las disposiciones de la parte II de la Carta que aun no hayan aceptado.

El Comité de Ministros determinará, a intervalos regulares, las disposiciones sobre las que se requerirá el envío de memorias y las formas que éstas habrán de revestir.

Se remitirán ejemplares de las dos precitadas memorias por cada una de las Partes Contratantes a aquellas de sus organizaciones

nacionales que estén afiliadas a las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores, las cuales serán invitadas, como se verá ulteriormente, a enviar representantes a las reuniones de la subcomisión del Comité Social Gubernamental.

Las Partes transmitirán asimismo al Secretario General cuantas observaciones hayan recibido con respecto a las susodichas memorias de las referidas organizaciones nacionales, siempre que éstas lo solicitaren (artículo 23).

Las memorias y las observaciones precitadas serán examinadas por un Comité de Expertos (artículo 24) integrado por siete miembros, como máximo, designados por el Comité de Ministros entre los que figuren en una lista de expertos independientes cuya integridad y cuya competencia en cuestiones sociales e internacionales no ofrezca la menor duda. Dichos expertos serán propuestos por las Partes Contratantes. Los miembros del Comité serán nombrados por un período de seis años. Su mandato podrá ser renovado (artículo 25).

La O.I.T. será invitada a que designe un representante para que participe con carácter consultivo en las deliberaciones del Comité de Expertos.

La segunda fase del control, que hemos calificado de "fase política" comienza por el examen de las memorias presentadas por las Partes y de las conclusiones del Comité de Expertos por una subcomisión del Comité Social Gubernamental del Consejo de Europa, integrado por un representante de cada una de las Partes Contratantes (artículo 27).

La subcomisión invitará como máximo a dos organizaciones internacionales de empleadores y a dos organizaciones internacionales de trabajadores a que envíen a sus reuniones observadores, a título consultivo. Podrá, además, llamar en consulta a dos representantes, como máximo, de organizaciones internacionales no gubernamentales que gocen de estatuto consultivo ante el Consejo de Europa, con respecto a cuestiones para las que éstas se hallen particularmente calificadas.

La Subcomisión presentará al Comité de Ministros sus conclusiones, a las que acompañará la memoria del Comité de Expertos (artículo 27).

El Secretario General del Consejo de Europa transmitirá las conclusiones del Comité de Expertos a la Asamblea Consultiva y ésta a su vez informará al Comité de Ministros de la opinión que tales conclusiones le merezcan.

Por último, el Comité de Ministros, por mayoría de dos terceras partes de los miembros con derecho a hallarse representados, podrá basándose en la memoria de la Subcomisión y previa consulta con la Asamblea Consultiva - dirigir las recomendaciones necesarias a cada una de las Partes Contratantes (artículo 29).

Los redactores de la Carta se propusieron que la aplicación de la misma no estuviera sometida a ningún otro control que al establecido en la misma. El anexo contiene a este propósito una disposición redactada en los siguientes términos: "Se sobreentiende que la Carta contiene compromisos jurídicos de carácter internacional cuya aplicación está sometida al solo control previsto por la parte IV".

Esta regla fue añadida por el Consejo de Ministros durante la última fase de la redacción de la Carta a propuesta de la República Federal de Alemania⁹. Tiende a excluir toda eventualidad de que se procediere a un control de la Carta por los tribunales de Justicia nacionales de alguna de las Partes Contratantes, posiblemente a instancia de un individuo que hiciera valer su derecho fundándose en las disposiciones de la Carta. Esto pudiere producirse en aquellos países en que la ratificación y la publicación de un Convenio internacional confiere a este último *ipso facto* el valor de una ley, en virtud de lo cual pasa a formar parte integrante del derecho interno¹⁰. Y semejante eventualidad sería contraria a la voluntad de los redactores de la Carta que deseaban conferir a las reglas contenidas en la misma el carácter de principios directivos de política social, que obligasen meramente a las Partes a consagrar, por vía de disposiciones legislativas o administrativas internas, los diversos derechos económicos y sociales previstos en la Carta.

A nuestro juicio, la precitada disposición del anexo a la carta es desacertada desde varios puntos de vista. En primer lugar, viene a ser inútil, puesto que casi todas las reglas que figuran en la Carta aparecen formuladas en tales términos, que normalmente no puede haber la menor duda acerca del hecho que establecen únicamente principios de política social dirigidos exclusivamente a los Estados Contratantes, al par que les obligan, y que no se trata en modo alguno de un derecho susceptible de ser aplicado

⁹ Véase el documento *Conseil de l'Europe*, CM (61) 86, de 16 de mayo de 1961 (confidencial). Asimismo la nota de la Secretaría General de la Dirección Jurídica del Consejo de Europa CM (61) de 15 de mayo de 1961.

¹⁰ Este sistema está implantado en lo esencial, con algunas variantes, en determinado número de países, tales como Grecia, Austria, Bélgica, Francia, la República Federal de Alemania, Italia, Luxemburgo, Holanda y Turquía. Por el contrario, en otros países, tales como Dinamarca, Islandia, Noruega, Suecia y el Reino Unido, no puede un Convenio internacional, de suyo, convertirse en ley. Para que las disposiciones contenidas en el mismo concierne a relaciones de derecho interno puedan ser aplicadas por los tribunales de justicia de dichos países, es requisito indispensable que sean introducidas en la legislación nacional por la vía legislativa normal.

directamente al individuo ¹¹.

Existen solamente dos disposiciones que pueden ser consideradas como que establecen un derecho que afecta directamente al individuo: la del artículo 6, en su párrafo 4, que "reconoce", "el derecho de los trabajadores y de los empleadores a acciones colectivas . . . con inclusión del derecho de huelga", y la del artículo 18, en su párrafo 4, que "reconoce" asimismo "el derecho de salida de los nacionales que deseen ejercer una actividad lucrativa en el territorio de las otras Partes Contratantes."

El temor de ver a los tribunales de Justicia nacionales de las Partes Contratantes interpretar dichos principios en el sentido de que establecen un derecho para el individuo, no parece por consiguiente justificado en modo alguno. En cuanto a los dos casos precitados, donde a nuestro juicio aparecen en efecto consagrados tales derechos, no deber siquiera haber problema, al menos para los Estados Miembros del Consejo de Europa, puesto que constituyen derechos fundamentales de capital importancia y que se hallan reconocidos actualmente de un modo efectivo en toda democracia liberal desarrollada.

No creemos, por consiguiente, que sea oportuno excluir de golpe toda posibilidad para la Carta de establecer derechos que se dirijan directamente al individuo. Porque pudiera ser, como lo sostenemos más adelante, que resultare incluso deseable que la aplicación de la Carta desemboque en lo futuro, a través de sucesivas enmiendas, en la transformación de los principios sociales actualmente establecidos por la misma, en derechos económicos y sociales formulados con la debida precisión y claramente definidos que se dirigieren directamente al individuo y que, por lo tanto, pudieren ser invocados por el mismo ante los Tribunales nacionales.

IV. CONCLUSION Y PERSPECTIVAS PARA EL PORVENIR

Sería desde luego sumamente temerario intentar actualmente formular un juicio apreciativo de alcance general acerca de la Carta y de prever el papel que pueda ser llamada a desempeñar en el porvenir, tanto más cuanto la realización del contenido convencional de la Carta se halla indisolublemente vinculado a factores de orden político, económico y social, en gran parte inciertos, imprevisos y, en ocasiones, imprevisibles.

Nos limitamos, por consiguiente, al terminar el presente estu-

¹¹ Esto es, por otra parte, lo que aparece indicado claramente en la expresión formularia que figura al comienzo de cada uno de los artículos de la parte II: "Las Partes Contratantes se obligan" y también en numerosas expresiones profusamente empleadas en el texto, tales como "Las Partes se obligan", a "prever", "a introducir", "a estimular", "a mantener", "a asegurar", "a reglamentar", etc.

dio, a expresar determinadas ideas acerca del significado y de la importancia que reviste la Carta, tal como se nos presenta en estos momentos, en calidad de etapa en el proceso evolutivo hacia la consagración de los Derechos sociales en el terreno internacional. Intentaremos asimismo formular ciertas ideas – basándonos siempre en los antecedentes aportados por la realidad del momento – acerca de las condiciones que aparecen necesarias para que la Carta pueda contribuir de un modo efectivo a la realización futura de la democracia social dentro de la comunidad internacional.

La Carta Social Europea constituye la primera consagración sistemática, mediante un solo texto dotado de coherencia orgánica, de los Derechos y principios sociales básicos dentro del Derecho internacional convencional.

Con la promulgación de la Carta, el reconocimiento y la ejecución de los postulados fundamentales de la política social moderna no son ya meramente una cuestión de orden interno de cada país; llegan a constituir una obligación internacional del Estado, que asume por ello una responsabilidad internacional y por razón de la cual queda sometido a un control superestatal.

Además, en cada uno de los Estados firmantes, los fundamentos esenciales de la democracia social no habrán ya de figurar en los programas de los distintos partidos políticos ni ser objeto de sus reivindicaciones sociales, toda vez que constituirán Derechos Humanos básicos, cuya realización será para lo sucesivo atribución de la comunidad internacional entera en virtud de un compromiso internacional.

Es aquí donde, a nuestro parecer se encuentra la aportación esencial, la verdadera innovación debida a la Carta. Su existencia implica ya dos conquistas en materia de progreso social, cuya importancia no debe permanecer ignorada. La primera consiste en que las Partes Contratantes no podrán practicar, en sus países respectivos, como ya lo indicamos anteriormente¹², una política que esté en contradicción con los principios fundamentales que informan la política social de la Carta, ni siquiera obstaculizar el curso normal de la evolución social. La segunda es la concerniente a la influencia bienhechora ejercida por la Carta sobre el desenvolvimiento, en general, de la política interior de las democracias liberales europeas, como asimismo sobre la aproximación de los Estados firmantes entre sí mediante la unificación de sus instituciones económicas y sociales con miras a su unidad futura.

La Carta, en efecto, determina ante todo una modernización “obligatoria” de los partidos conservadores, ya que éstos se verán obligados a practicar, si están en el poder, una política social probablemente más avanzada que la que ellos preconizaban; por otra

¹² Véase *ut supra*, pag. 11.

parte, no podrán ya poner en tela de juicio, si se encuentran en la oposición, los principios que están en la base de esa política. La Carta refuerza, además, los partidos avanzados del centro por el hecho de que la política social de los mismos, en tanto que se identifica con la de la Carta, sale, merced a esta última, del terreno de la controversia política y permite gracias a ello a los partidos dar mayor desenvolvimiento a su política social orientándola hacia la realización de formas aún más elevadas de justicia social y de libertad política. Por último, para los partidos de extrema izquierda, aquellos que están dispuestos a sacrificar la libertad política y la libertad de pensamiento del individuo en nombre de la realización de la justicia social, la consagración por la Carta en el plano internacional de los principios fundamentales modernos de dicha justicia va a la par con las realizaciones ya considerables logradas en este terreno por las democracias sociales liberales europeas; estas realizaciones aportan la prueba — basada en los hechos — de que la justicia social y la felicidad de los pueblos pueden, después de todo, realizarse sin privar al hombre de su libertad, contrariamente a lo que hacen los regimenes totalitarios que preconizan la libertad absoluta del hombre sometiéndole al propio tiempo a un régimen de servidumbre que aniquila en él la personalidad propia de todo ser moral e intelectualmente autónomo.

Ciertamente, no todo está previsto en la Carta. Al contrario, las reglas que establece vienen a ser el resultado de un compromiso y con respecto a ciertas cuestiones cabía esperar que la carta hubiera adoptado una posición más avanzada, tanto más fundadamente, que la mayor parte de los principios sociales que establece se hallan ya ampliamente consagrados en los Estados miembros del Consejo de Europa para los cuales ha sido elaborada la Carta.

Hemos de guardarnos, empero, de emitir juicios acerca de la Carta fundándonos exclusivamente en lo que ésta es en la actualidad. Porque la propia naturaleza de las objetivos que establece nos obliga a considerarla, no como algo estático, sino desde un punto de vista dinámico, es decir en su función de órgano que tiene por objeto la orientación y el desenvolvimiento de la política social de un conjunto de países europeos que poseen las mismas bases culturales y aspiran a su unificación en el porvenir.

Lo que sí podemos afirmar desde ahora es que la Carta únicamente podrá realizar la función concebida en los términos antes expuestos, que le está encomendada, mediante el cumplimiento de determinadas condiciones:

a) Es indispensable que la Carta sea ratificada sin más tardar por el mayor número posible de Estados firmantes. Aún así, los Estados que la ratifiquen deberán asumir el mayor número posible

de obligaciones, y no solamente el mínimo obligatorio previsto ¹³.

b) La forma y el espíritu con que se efectúe el control sobre la aplicación de la Carta habrán de revestir una importancia marcada, toda vez que la circunstancia de aparecer formuladas en términos generales y frecuentemente imprecisos la mayor parte de las obligaciones asumidas por las Partes Contratantes, puede dar lugar a una interpretación restrictiva que convertiría el control en una mera formalidad y le privaría de la posibilidad de desempeñar su papel de estimulante en la vía del progreso social. Este es el motivo por el cual sería provechoso y deseable que se concediera una mayor participación, directa o indirecta, en dicho control a los representantes de los trabajadores que son, por definición los más aptos para infundirle ese espíritu dinámico que tanto contribuye a su eficacia.

Evidentemente, resulta todavía muy prematuro proponer enmiendas antes de haber comprobado en la práctica la eficacia del sistema implantado y las lagunas de que éste pueda adolecer. Además, este sistema ofrece, en todo caso, serias posibilidades con miras a un control satisfactorio, sobre todo merced a los informes facilitados a intervalos regulares por las Partes Contratantes al Comité de Expertos acerca de la aplicación de las disposiciones de la Carta reconocidas por ellas, así como de aquellas que aún no hayan reconocido. Asimismo, la representación con carácter consultivo de la O.I.T. en las deliberaciones del Comité de Expertos y la participación a título también consultivo de las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores en los trabajos de la Subcomisión podrán ejercer una influencia decisiva.

Finalmente, la participación prevista de la Asamblea Consultiva en el referido control, ofrece a todos los Estados Miembros del Consejo de Europa la posibilidad de estar en todo momento al corriente del desenvolvimiento de la política social de los Estados Contratantes y al propio tiempo les da la ocasión de manifestar su parecer a ese respecto.

c) La Carta, como hemos dicho, deberá ser considerada en su aspecto dinámico. Por el hecho de que contiene principios y normas directivas de política social, lleva en sí misma el germen de su propia superación y tiende constantemente a su perfección. Se puede decir que, en realidad, constituye tan sólo la primera fase de una voluntad común que se manifiesta en el plano internacional, de ver consagradas y debidamente desarrolladas las libertades econó-

¹³ La Carta ha sido ratificada, hasta la fecha, por los Estados siguientes: Noruega, 25 de octubre de 1962; Suecia, 17 de diciembre de 1962; Reino Unido, 11 de julio de 1962; Irlanda, 7 de octubre de 1964; República Federal de Alemania, 27 de enero de 1965; Dinamarca, 3 de marzo de 1965; Italia, 22 de octubre de 1965. Casi todos esos Estados han asumido muchas más obligaciones que el mínimo fijado en la Carta.

micas y sociales. Y esa voluntad debería, a nuestro juicio, continuar expresándose por medio de la Carta después de superada esta primera fase; es decir que debería seguir desempeñando sus funciones en calidad de órgano superestatal al efecto de consolidar y orientar el ulterior desenvolvimiento y la unificación de los Estados Miembros del Consejo de Europa, merced a las modificaciones y los aditamentos que se fueren aportando progresivamente a la Carta en lo futuro.

Las susodichas transformaciones sucesivas de la Carta se efectuarían orientándolas en dos direcciones distintas. Por una parte, los principios y las normas directivas que prevé actualmente podrían ser concretadas progresivamente en la Carta mediante la definición clara y precisa de Derechos sociales fundamentales del individuo, con todas las consecuencias que semejante "formulación de derechos" implicaría, en particular, la de reivindicarlos ante los tribunales nacionales y ulteriormente ante el Tribunal Internacional de Derechos Humanos. Por otra parte, se determinarían por la Carta objetivos de política social más elevados en aquellas materias en que se considerare beneficioso y practicable mediante las oportunas modificaciones de los principios actualmente consignados en la Carta o también mediante la introducción de nuevos principios.

Es cierto que las modificaciones y los complementos sucesivos que proponemos, dada la heterogeneidad de las normas que tienden a introducir en la Carta, irían en detrimento de la permanencia y la coherencia de la misma. Esto es inevitable, empero, a causa de la naturaleza intrínseca de la Carta, si queremos que ésta cumpla verdaderamente la función que le está asignada dentro de la comunidad europea.

LOS SECUESTROS EFECTUADOS FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL

por

DANIEL H. MARCHAND
Doctor en Derecho

Edipo, refugiado en Colona, tuvo que llamar a Teseo para que le socorriera, e invocar las leyes atenienses para oponerse a los enviados de Tebas, encargados de llevarle por la astucia o por la violencia al territorio tebano.

Bajo el antiguo régimen el Reino de Francia contenía múltiples lugares de asilo y, en particular, el enclave de Aviñón, verdadera "corte de los milagros" abierta por el derecho de gentes a todos los delincuentes del Reino y de la que estaba excluida la policía del rey, de modo que ésta, para desempeñar su misión, a menudo se veía obligada a violar sus fronteras. Condenada por el antiguo derecho en nombre del principio del asilo, la *cache* (en francés antiguo, la persecución) fue objeto, ya entonces, de protestas vehementes.

El secuestro del duque de Enghien sigue siendo uno de los casos más célebres a causa del sentimiento de espanto y horror que se difundió por Francia y Europa cuando se hizo pública su ejecución, el 21 de marzo de 1804, en el castillo de Vincennes, poco tiempo después de haber sido secuestrado por orden de Napoleón en el país de Baden.

Todo el mundo recuerda el secuestro de Eichmann el 11 de mayo de 1960 en un suburbio de Buenos Aires, así como el de Argoud¹ el 25 de febrero de 1963 en Munich, efectuados uno y otro por sendos grupos de "desconocidos".

Estos ejemplos de secuestros efectuados en épocas pasadas revelan que éstos casi siempre obedecían a móviles de orden político; la nación más fuerte viola el territorio de la más débil para apoderarse del individuo buscado.

No tenemos ahora el propósito de enumerar todos los casos de secuestro que se conocen en la historia o en la época contemporánea, ni de referirnos a asuntos en trámite, sino de basarnos en los ejemplos más significativos para formular las reglas del derecho internacional aplicables en la materia.

¹ Ha realizado un estudio extremadamente detallado de este caso el Sr. Poret en *L'exercice de la puissance coercitive en territoire étranger*, tesis doctoral, París, 1965.

Con la intensificación de las relaciones internacionales, el principio de la solidaridad moral dio origen al derecho de extradición, que es el corolario del derecho de asilo en el extranjero. Así, una persona que ha huído a otro Estado puede ser devuelta a la jurisdicción del Estado nacional de diversos modos: legalmente, en virtud de un procedimiento de extradición regular; ilegalmente, según un procedimiento de extradición irregular o bien, lo que es todavía más grave, mediante secuestro efectuado en el territorio del Estado de asilo por agentes del Estado que quiere juzgar al individuo o por agentes del Estado de asilo o particulares, o bien con su colaboración.

Pocas son, en efecto, las reglas del derecho internacional definidas con mayor precisión y, al mismo tiempo, violadas con mayor frecuencia como la que prohíbe los secuestros efectuados fuera del territorio nacional.

Es menester tener bien presente que se violan dos principios fundamentales del derecho internacional cuando se efectúa un secuestro fuera del territorio nacional: por un lado, el secuestro atenta contra la soberanía territorial del Estado en cuyo territorio se ha efectuado el secuestro y, por otro, vulnera uno de los derechos fundamentales del individuo, que ha recibido asilo en el Estado cuya soberanía ha sido violada.

Por consiguiente el fin perseguido será estudiar estos dos aspectos fundamentales del derecho internacional cuando se efectúa un secuestro fuera del territorio nacional.

VIOLACION DE LA SOBERANIA TERRITORIAL

Para averiguar si se ha producido una violación de la soberanía territorial de un Estado cuando se ha efectuado un secuestro, así como para determinar las reparaciones consiguientes, es menester tener en cuenta el lugar y el agente de la acción.

A. Lugar del secuestro

Cuando se estudia la violación de la soberanía territorial, ésta puede haber tenido efecto de modo que no dé lugar a controversia; así ocurre en los casos en que el territorio del Estado ha sido violado. Surgen complicaciones cuando las actividades ilegales tienen lugar en zonas de carácter internacional.

I. Violación del territorio

“La soberanía territorial tiene como corolario el derecho exclusivo a desarrollar actividades estatales; este derecho tiene anejo un deber: la obligación de proteger en el interior del territorio los

derechos de los demás Estados, en particular el derecho a la integridad y a la inviolabilidad en tiempo de paz y en tiempo de guerra, así como los derechos que cada Estado puede reivindicar para sus nacionales en territorio extranjero.”

“La independencia respecto a una parte del globo es el derecho de desempeñar en elle las funciones de Estado con exclusión de cualquier otro Estado.”²

“Esta independencia, así interpretada, debe ser respetada, en principio, por los demás Estados. En otro caso, se perturbaría el mantenimiento del orden internacional. En principio, es necesario que cada Estado obre por cuenta propia en su esfera, que obre libremente, pero de modo que se ajuste espontáneamente al imperio de la ley.”³

La soberanía territorial así definida es, por consiguiente, exclusiva, y esto representa uno de los aspectos más notables de la independencia del Estado.

“El derecho internacional hace coincidir aquí la esfera de validez del orden jurídico estatal con la esfera de su eficacia. Con arreglo al derecho internacional, el territorio estatal comprende el espacio en el cual el Estado puede ejercer de manera duradera su dominio efectivo, es decir, el espacio en el cual los órganos del orden jurídico realizan constantemente los actos coercitivos previstos por este orden. Se aplica en esta caso el principio de la efectividad.”

“La esfera de validez territorial del derecho estatal está garantizada por el derecho internacional del modo siguiente: en virtud de una norma de derecho internacional general, los Estados tienen la obligación de abstenerse de todos los actos mediante los cuales entrarían en la esfera de validez territorial de otro orden estatal; tendrían este carácter los actos coercitivos de un Estado realizados en el territorio de otro o bien las normas generales individuales o generales que prescriban la ejecución de actos coercitivos en el territorio de otro Estado. Por consiguiente, el Estado lesionado puede reclamar la abrogación de estas normas y, llegado el caso, la eliminación de las condiciones que han dado lugar a su ejecución.”

“La obligación que los Estados tienen de respetar la esfera de validez territorial de los órdenes jurídicos de los demás Estados,

² Estos principios se definieron en la sentencia del 4 de abril de 1928, dictada por el Tribunal Permanente de Arbitraje en el litigio entre los Estados Unidos y los Países Bajos en relación con la soberanía sobre la *Isla de las Palmas* o *Miangos*. El Tribunal enunció también el principio según el cual, cuando ocurre un hecho incompatible con el derecho internacional en el territorio de un Estado, se puede pedir a éste que dé explicaciones. (El texto de la sentencia se reproduce en la *Revue Générale de Droit International Public*, 1935.)

³ J. Basdevant, “L’intervention anglo-italo-allemande au Vénézuéla”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1904; pág. 388.

obligación dictada por el derecho internacional, crea el derecho de cada Estado a que todos los demás se abstengan de violaciones análogas de la esfera de validez territorial de su propio orden. Este derecho del Estado se denomina "soberanía territorial" y el Estado considerado en sus relaciones con el territorio sometido a su soberanía se denomina "el Estado territorial".⁴

Este principio quedó establecido a finales de la Edad Media y la doctrina ha declarado posteriormente ilegal la detención efectuada por la violencia en territorio extranjero. Así, por ejemplo, Vattel escribía en 1773: "Es menester, no sólo abstenerse de usurpar el territorio ajeno, sino además respetarlo y abstenerse de todo acto contrario a los derechos del soberano, porque una nación extranjera no puede atribuirse en él ningún derecho. Por lo tanto, so pena de injuriar al Estado, no se puede penetrar a mano armada en su territorio para perseguir a un delincuente y secuestrarle. Ello atenta simultáneamente contra la seguridad del Estado y vulnera el derecho de imperio o mando supremo, que corresponde al soberano. Este acto se denomina violar el territorio, y ningún acto es considerado más generalmente por las naciones como una afrenta que ha de ser rechazada con energía por todo Estado que no quiera someterse a la opresión".⁵

Por consiguiente, un Estado no tiene el derecho a enviar tropas, hombres armados o fuerzas de policía a un territorio extranjero ni a ejercer actos de administración o de jurisdicción en un Estado extranjero, pero muy a menudo Estados vecinos se confieren mutuamente esta autorización por medio de convenios y surgen así desviaciones respecto del principio de la irregularidad.

Por ejemplo, los Estados se prestan recíprocamente asistencia para la represión de delitos militares y de infracciones forestales o aduaneras. Existe también, por acuerdo mutuo, un derecho de persecución entre Estados amigos o unidos por vínculos especiales (cantones suizos, Estados alemanes, Francia y Monaco), o bien cuando existe un vínculo de subordinación entre Estados (acuerdos entre Francia y el Estado independiente del Congo).

Según algunos autores, existe un derecho consuetudinario de persecución y se citan ejemplos de las prácticas ejercidas por los Estados Unidos en sus fronteras septentrional y meridional, así como en las regiones oriental y meridional de Asia durante la guerra de Corea y en el Vietnam del Sur. Estas fueron también las prácticas ejercidas por Francia y la Gran Bretaña durante los periodos de colonización y descolonización. Sin embargo, esta práctica de la

⁴ Kelsen. "Théorie générale du Droit international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1932, IV; págs. 192 a 209.

⁵ *Le Droit des Gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1773, libro II, pág. 295, núm. 93

persecución terrestre, que se ha intentado relacionar con el derecho de persecución por mar, suscita la hostilidad de los Estados de refugio, así como vacilaciones en el mismo Estado persecuidor, y no parece que quepa confusión entre los dos conceptos, porque es evidente que el derecho de persecución en la alta mar se ejerce en una zona internacional, al margen de la soberanía de cualquier Estado, y cesa "en el momento en que el buque entra en las aguas territoriales del país al que pertenece o en las de una tercera Potencia".⁶

II. Zonas de carácter internacional

Cabe relacionar los secuestros en el territorio de un Estado extranjero con los efectuados en una zona de carácter internacional de los que damos seguidamente algunos ejemplos.

Un secuestro que todo el mundo recuerda es el del Sr. *Ben Bella*: el avión que le transportaba fue interceptado encima de la alta mar cuando se dirigía de Marruecos a Túnez sin atravesar adrede el territorio de Argelia, que era entonces de soberanía francesa. El Sr. Ben Bella y sus compañeros fueron internados en Francia.

El capitán *Curutchet*, jefe de la OAS reclamado por Francia, había salido de Suiza por avión con destino al Uruguay haciendo escala en Roma. Parece que la embajada de Francia en esta capital le facilitó un pasaporte y le abonó el precio del pasaje. Curutchet se negó a viajar en un avión que hiciera escala en Dakar teniendo presentes las relaciones de amistad entre Francia y el Senegal, pero recibió, de un agente italiano, la seguridad de que, en un avión de la compañía Alitalia viajaría bajo la protección de Italia y de que, en todo caso, las autoridades francesas habían dado su conformidad. Ello no obstante, después del aterrizaje del avión en Dakar, el 29 de noviembre de 1963, siete gendarmes senegaleses subieron a bordo, a las órdenes de un teniente francés (en esa época cierto número de oficiales franceses prestaban servicio en los ejércitos y las policías de algunos Estados africanos de expresión francesa); Curutchet fue detenido pocos minutos después a pesar de la enérgica protesta del comandante italiano del avión y del representante de Alitalia. En su proceso Curutchet protestó con insistencia contra las condiciones de su detención. Sus defensores pidieron al juez de instrucción que dirigiera al Senegal y a Italia comisiones rogatorias internacionales para aclarar el viraje de las autoridades francesas. Por su parte, la esposa de Curutchet informó a las autoridades italianas y les pidió que protestasen ante el Gobierno francés contra lo que, a su juicio,

⁶ Artículo 23 de la Convención de Ginebra del 29 de abril de 1958 sobre la alta mar.

era una violación de la soberanía territorial. Curutchet fue condenado a la reclusión perpetua.⁷

Una situación similar se produjo el 29 de octubre de 1966, cuando las autoridades ghanesas arrestaron, durante su escala en Accra, en el avión que los conducía a la Conferencia de la O.U.A. en Addis-Abeba, a la delegación de Guinea, compuesta de diecinueve personas, entre las cuales se encontraba el ministro de Asuntos Exteriores de Conakry y a catorce estudiantes de Guinea. El gobierno de Accra declaró que las personalidades guineanas "no serían puestas en libertad hasta que Guinea liberase a los ghanesos detenidos ilegalmente en ese país. El gobierno de Ghana se ha visto obligado a adoptar tales medidas para obtener la debida reparación de parte de un país que ha hecho gala de un desprecio total de la usanza internacional" (del derecho consuetudinario internacional). Sobre ambos países en causa se ejercieron numerosas presiones, y la Guinea acordó dejar salir de su territorio a los ciudadanos ghanesos que presentasen una demanda expresa. Por su parte, el Gobierno de Ghana aceptó el 5 de noviembre de 1966 poner en libertad a los diecinueve miembros de la misión de Guinea. No ha habido sin embargo noticia alguna referente a los catorce estudiantes guineanos detenidos en Accra.^{7b}

Dos días después de este hecho, el 31 de octubre, un acto similar tenía lugar en el aeropuerto de Praga a bordo de un avión de la compañía soviética Aéroflot: el Sr. V. J. Kazan, ciudadano norteamericano que se dirigía a París con proveniencia de Moscú, donde había asistido a un congreso, fue discretamente secuestrado por la policía. El avión debía en principio ir en vuelo directo de Moscú a París pero, según declaraciones de las autoridades checas, se vió obligado a hacer escala en Praga por razones técnicas. La policía checa identificó a la persona en cuestión como Vladimir Komarek, de nacionalidad checoslovaca, acusado en 1963 en Praga de delitos de alta traición, espionaje e intento de asesinato.

La señora Hélène-Véra Pouillon fue detenida el lunes 27 de abril de 1954 en la estación ferroviaria de Ginebra-Cornavin, donde se efectúan la inspección de los pasaportes de los viajeros entre Francia y Ginebra y donde los aduaneros francesos gozan de extraterritorialidad. La señora Pouillon, que despedía a una persona que se trasladaba a Francia, fue reconocida por la policía de la frontera en el andén de la estación; por indicación de los agentes, subió al tren y fue transferida a Bellegarde. La señora Pouillon era, en efecto, objeto de una orden francesa de busca y captura por haber facilitado la evasión de su marido, en la noche del 8 al 9 de diciembre de 1963, de la clínica donde estaba detenido. El Departamento Federal

⁷ *The Guardian*, 20 de diciembre de 1963; *Le Monde*, 6 de mayo de 1964.

^{7b} Véase "*Le Monde*" del 1 al 8 de noviembre de 1966.

Suizo de Justicia y Policía consideró que la detención de la señora Pouillon por la policía francesa había sido efectuada en condiciones incompatibles con el Convenio franco-suizo de 1960, que regula las inspecciones de policía en los puestos comunes de aduana; según las autoridades helvéticas, los policías franceses sólo pueden efectuar una detención en la estación de Ginebra, en el andén de salida con destino a Francia, cuando concurren las dos condiciones siguientes:

- 1) el detenido está a punto de marchar a Francia, y
- 2) es responsable de una infracción del reglamento francés de aduanas.

A juicio de las autoridades suizas, la señora Pouillon no se hallaba en ninguna de las dos situaciones previstas, porque se encontraba en el andén para despedir a una persona que se trasladaba a Francia. La señora Pouillon fue liberada después de tres semanas de detención.⁸

El 17 de noviembre de 1964 ocurrió en Roma el incidente de la *valija diplomática*. Dos secretarios de la embajada de la República Árabe Unida en Roma se habían presentado en el aeropuerto con una caja que su embajada remitía al Ministerio de Relaciones Exteriores de la RAU. Un aduanero, que oyó quejidos procedentes del "baúl diplomático", quiso abrirlo con la ayuda de un policía. Los secretarios de la embajada, que se habían opuesto a ello violentamente, se escaparon en la camioneta que les había conducido al aeropuerto. La policía dio alcance a los diplomáticos y la caja, de la que habían tratado de desprenderse, fue descubierta en un matarral. La caja contenía un hombre narcotizado, maniatado y amordazado, de nacionalidad israelí, que era probablemente un agente al servicio de una, de dos o, quizás, de tres Potencias.⁹

La administración italiana de justicia se ha ocupado de la detención de extranjeros efectuada en un buque extranjero en la alta mar o surto en un puerto.¹⁰

A principios del siglo actual las relaciones entre Alemania y el Brasil pasaron por una fase delicada a causa de los actos realizados en un puerto brasileño para buscar a un marinero desertor del cañonero alemán *Panther* de modo incompatible con el procedimiento, muy sencillo, seguido para la extradición de marineros desertores por un número considerable de países.¹¹

El 23 de julio de 1893 ocurrió en Nogales, que es una pequeña aglomeración situada a caballo de la frontera entre el territorio

⁸ *Le Monde*, 29 de abril, 2, 5, 10-11, 12 y 17-18 de mayo de 1964.

⁹ *Le Monde*, 19 de noviembre de 1964.

¹⁰ *Arresto di stranieri eseguito su nave straniera e diritto di inseguimento*, C. de Vincentiis, Revista di Diritto Processuale Penale, año IV, núm. 2, 1957.

¹¹ *Diário Oficial* brasileño del 10 de enero de 1906; págs. 159 y ss.

norteamericano (Estado de Arizona) y el mexicano (Estado de Sonora) lo siguiente: el *sheriff* del municipio norteamericano se hallaba en el sector mexicano de la calle y vio en la acera de enfrente, esto es, en territorio norteamericano, a un conocido delincuente de nacionalidad mexicana llamado *Jesús García*; en compañía de otro norteamericano, el *sheriff* se dirigió hacia *García*. Este se puso a correr hacia la parte mexicana de Nogales y cuando estaba a punto de alcanzarla un hombre que corría hacia él por territorio mexicano le golpeó con violencia, de modo que el delincuente cayó sin conocimiento, quedando la cabeza en el sector mexicano de la calle y el tronco, en el norteamericano. El *sheriff*, ayudado por dos norteamericanos, tiró del cuerpo por los pies, lo puso por entero en suelo estadounidense y decretó su detención.¹²

En resumen, para nosotros estos casos de secuestro en la alta mar, en un puerto, en un aeropuerto, en una estación internacional o en una frontera serán ejemplos de secuestro "clásico" efectuado en el territorio de un Estado extranjero.

III. La jurisprudencia

La jurisprudencia ha reconocido y sancionado la ilegalidad de estos secuestros. Como uno de los ejemplos más significativos por la complejidad de la causa y aunque requiera un razonamiento *a contrario*, examinaremos la decisión adoptada por el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya el 24 de febrero de 1911, como resultado de una transacción entre el Gobierno de la República Francesa y el del Reino Unido en el asunto *Savarkar*.¹³

Por carta de fecha 29 de junio de 1910 el jefe de la Policía metropolitana de Londres comunicó al director de Seguridad general de París que *Vinayak Damodar Savarkar*, súbdito británico indio (*British Indian*), iba a ser transferido a la India para ser juzgado por una causa de asesinato. (por complicidad en un asesinato, pero en realidad por un delito político) y que viajaría a bordo del buque "Morea" que haría escala en Marsella el 7 o el 8 de julio. Después de haberse recibido esta carta, el Ministro del Interior indicó, por telegrama de fecha 4 de julio de 1910, al prefecto de Bocas del Ródano que la policía británica acababa de enviar a la India a *Savarkar* en el buque "Morea"; se señalaba en esta telegrama que

¹² Moore, *A Digest of International Law*, vol. II, pág. 380. El lector recordará, en relación con este asunto, los deplorables actos que se han cometido en la muralla de Berlín.

¹³ Robin, *Un différend franco-anglais devant la Cour d'Arbitrage*, *Revue générale de Droit International Public*, 1911; págs. 303 y ss.

“algunos revolucionarios hindúes que se hallaban en el continente europeo quizá se aprovecharan de la oportunidad para facilitar la evasión de este extranjero”. El ministro rogaba al prefecto que “tuviera a bien adoptar todas las disposiciones necesarias para evitar cualquier tentativa de este género”. El 7 de julio el “Morea” llegó a Marsella; al día siguiente Savarkar, casi desnudo, salió por la ventanilla de un camarote, se lanzó al agua y nadó hasta el muelle; al mismo tiempo, personas que iban en el buque se pusieron a correr por la pasarela, dando voces, en persecución del evadido. Además, muchos de los que se hallaban en el muelle proferían gritos de “detenedle”; un oficial de la gendarmería militar francesa se lanzó inmediatamente a perseguir al fugitivo y le detuvo después de haber recorrido unos 500 metros. Un miembro de la tripulación y dos agentes de la policía india llegados después de la detención del fugitivo ayudaron al gendarme, que había retenido a Savarkar, a conducirlo hasta el portalón del buque. El incidente sólo duró algunos minutos.

El Tribunal consideró que el oficial de gendarmería que había efectuado la detención no desconocía la presencia de Savarkar a bordo del buque y que, al igual que todos los agentes y gendarmes franceses, había recibido la orden de impedir que subiera a bordo cualquier hindú que no fuera titular de un billete de pasaje. En el caso examinado no se había recurrido a maniobras fraudulentas ni a actos de violencia para apoderarse de una persona refugiada en territorio extranjero. Ninguno de los hechos ocurridos con motivo de la detención, la entrega y la transferencia de Savarkar a la India constituyó un atentado contra la soberanía francesa. Por estos motivos el tribunal de arbitraje decidió que el Gobierno británico no tenía la obligación de devolver a Vinayak Damodar Savarkar al Gobierno de la República Francesa.

Esta decisión tiene extrema importancia por dos consideraciones; primero, da a entender *a contrario* que, de haberse recurrido a maniobras fraudulentas que hubiesen constituido un atentado contra la soberanía francesa, el Gobierno británico hubiese tenido que devolver Savarkar al Gobierno de la República Francesa; segundo, sólo se hace referencia a la pretendida violación de la soberanía francesa y en ningún momento se tiene en cuenta el derecho de asilo que Savarkar habría podido obtener al poner pie en territorio francés. (Estudiaremos este aspecto del problema en la segunda parte del artículo.)

Las violaciones de la soberanía territorial de un Estado, inclusive en el caso de estar complicadas por circunstancias de carácter internacional, se han de distinguir y apreciar diversamente en derecho internacional según la condición de la persona que efectúa el secuestro y las circunstancias de éste.

B. Condición del agente que efectúa el secuestro y circunstancias de éste

I. Condición del agente que efectúa el secuestro

Es necesario distinguir entre los actos de los órganos estatales y de los de particulares. Los secuestros efectuados por agentes del Estado (agentes del poder central o de colectividades autónomas,¹⁴ por autoridades superiores o subalternas)¹⁵ ejercen necesariamente efecto sobre la responsabilidad internacional del Estado, pero los actos realizados por particulares son objeto de controversia.

El ejemplo más característico de esta situación es evidentemente el secuestro de *Adolf Eichmann*, efectuado el 11 de mayo de 1960 en un suburbio de Buenos Aires. Refugiado en América del Sur desde 1960, este criminal nazi fue descubierto en agosto de 1959. El 11 de mayo de 1960, por la tarde, Eichmann tomó primero, para regresar del trabajo, un autobús del que descendió luego para seguir el camino que le conducía hasta su domicilio; en este camino se hallaba un coche, aparentemente averiado. En el momento en que pasaba junto al coche, Eichmann fue capturado, inmovilizado y trasladado a una propiedad de un órgano sionista en las afueras de Buenos Aires. Eichmann fue narcotizado y trasladado a Israel en el avión de la compañía El Al que había llegado días antes a Buenos Aires para transportar a la delegación israelí invitada a la conmemoración del 150° aniversario de la Revolución argentina. El 23 de mayo el señor Ben Gurion, primer ministro de Israel, hizo público ante el Parlamento que Eichmann estaba en poder de la administración de justicia. El Gobierno de Israel declaró luego que el ex coronel de las SS había sido descubierto en territorio argentino "por un grupo de voluntarios israelíes"; agregó que "el grupo de voluntarios ha transferido a Eichmann, con su conformidad, fuera de la Argentina . . . Si el grupo de voluntarios hubiere violado con ello las leyes argentinas, el Gobierno de Israel hacía constar su más vivo sentimiento al respecto".¹⁶

En 1911 el Tribunal de Arbitraje de La Haya había dictado una decisión en el asunto *Blair* que planteaba la cuestión de los

¹⁴ Véase la sentencia dictada por el Tribunal correccional de Avesnes en el asunto *Jolis* por los actos realizados por el guardabosques (22 de julio de 1933, Sirey, 1934, II; pág. 105).

¹⁵ "El Estado extranjero incurre en responsabilidad aunque la provocación haya sido obra de agentes subalternos, con o sin mandato de su superior." *Commission de Conciliation Franco-Suisse*, reunida en 1955 para examinar el problema de la violación de la soberanía territorial helvética por agentes de la administración fiscal francesa. Véase el estudio de la Sra. Bastid en el *Annuaire français de droit international*, 1956, págs. 436 a 440, y en la *Gazette de Lausanne*, 25 de noviembre de 1955.

¹⁶ *Le Monde*, 8 de junio de 1960.

secuestros efectuados por meros particulares.¹⁷ Después de haber hecho una quiebra fraudulenta en la Gran Bretaña, Blair había huido a los Estados Unidos donde un detective privado, ayudado por agentes norteamericanos, detuvo a Blair y le transfirió a la Gran Bretaña. El Gobierno británico declaró que, tan pronto como había tenido conocimiento de los hechos, se había realizado una encuesta y que, como resultado de ésta, se dio la orden de liberar a Blair y de devolverle al lugar donde había sido detenido, por cuenta del Estado británico. Ahora bien, el Gobierno británico había atendido exclusivamente a consideraciones de cortesía.

Un fallo dictado por la Corte Suprema de Iowa¹⁸ es ejemplo de la jurisprudencia tradicional, según la cual una detención practicada por particulares no es en sentido estricto una violación del derecho internacional, aunque el responsable pueda ser procesado por el Estado donde se haya practicado la detención.

II. Las circunstancias del secuestro

Pueden concurrir circunstancias que ejercen una influencia importante en esta materia al modificar el carácter de la detención; ésta será ilegal cuando haya intervenido fuerza mayor o haya habido error en relación con la persona detenida. En cambio, las circunstancias harán que la detención sea "legal" cuando los agentes del Estado de asilo hayan participado en la detención del individuo.

a) La fuerza mayor

Ha ocurrido con frecuencia que el Estado beneficiario de una circunstancia de fuerza mayor haya liberado al individuo detenido como resultado de un naufragio, por ejemplo. Citaremos al respecto la decisión de los cónsules de fecha 18 de febrero del año VIII, relativo a los ingleses que habían naufragado en Calais: "No estaban comprendidos en modo alguno en las leyes sobre los emigrados y . . . las naciones civilizadas no tienen derecho a aprovecharse del accidente de un naufragio para entregar a la justa cólera de las leyes a desgraciados que se han salvado de las olas".¹⁹

En 1832 se dictó una decisión en esta mismo sentido con relación al asunto del buque *Carlo Alberto* fletado por la duquesa de Berry en Liorna para transportar a conjurados realistas y que tuvo que hacer escala en La Ciotat (Francia) a consecuencia de graves averías sobrevenidas en la caldera. Los conjurados habían sido detenidos entonces.²⁰

¹⁷ *Revue Générale de Droit International Public*, tomo 18, 1911; pág. 349.

¹⁸ *State v. Ross*, 21 Iowa 467.

¹⁹ Maurice Travers, "Des arrestations en cas de venue involontaire sur le territoire", *Revue de Droit International Privé*, 1917; págs. 627 y ss.

²⁰ Paul O'Higgins. "Unlawful seizure and irregular extradition", *British Yearbook of International Law*, 1960; págs. 279 y ss.

b) *El error*

La entrega por error de un delincuente evadido, por un Estado a otro Estado, ejerce también influencia sobre esta materia. Se efectúa en ese caso una extradición irregular y el individuo debe ser devuelto al país donde fue detenido.

El asunto *Lamirande* es un ejemplo notable de estos casos: Lamirande, que era cajero de la sucursal del Banco de Francia en Poitiers, fue detenido en el Canadá y devuelto a Francia procesado por fraude; ahora bien, mientras se tramitaba el procedimiento de extradición, Lamirande había entablado una acción en el Canadá para que se determinara judicialmente que los hechos de que era acusado no figuran en el tratado de extradición entonces vigente. A pesar de todo, fue devuelto a Francia. El Gobierno británico comunicó luego al Gobierno francés que se había cometido un error que viciaba el procedimiento de extradición, y pidió que Lamirande fuese devuelto al Canadá; sin embargo, el mismo Lamirande renunció formalmente, mientras se celebraban las conversaciones diplomáticas, a beneficiarse de cualquier decisión que le diera la posibilidad de regresar al Canadá.

Mencionaremos también el asunto *Keyes*, ocurrido en 1901: un oficial británico llamado Keyes fue asesinado en Nigeria por unos franceses que huyeron a territorio francés. Los fugitivos fueron entregados a las autoridades nigerianas por un oficial francés que aparentemente había olvidado que el procedimiento de extradición no se aplica a los nacionales. El Gobierno británico entregó los criminales a las autoridades francesas.²¹

Recordemos asimismo que en el asunto *Savarkar* el error que haya podido cometer el oficial francés sobre el alcance de su misión no fue tenido en cuenta por el Tribunal de Arbitraje de La Haya.²²

c) *Los agentes del Estado de asilo participan en el secuestro*

Cuando el Estado de asilo da su conformidad para la detención y cuando agentes del Estado de asilo participan en la detención irregular, no se produce ningún atentado contra el derecho internacional; así lo decidió el Tribunal de Arbitraje de La Haya en el asunto *Savarkar*.²³

²¹ P. Leboucq, *De l'erreur sur la nationalité des extradés*, Clunet, 1903; págs. 271 y ss.

²² "Todos los que han participado en el incidente han obrado ciertamente de buena fe y no han creído en absoluto que se apartaban de la legalidad." *Op. cit.*

²³ "Los actos del oficial francés no habían sido censurados por sus jefes antes de la mañana del 9 de julio, es decir, antes de la partida del "Morea" de Marsella, y por ello los agentes británicos habían creído naturalmente que el oficial había obrado de conformidad con las instrucciones recibidas o que sus actos habían sido aprobados."

C. Las reparaciones

El perjuicio causado a la soberanía territorial del Estado y la responsabilidad que dimana de este hecho crean la obligación de resarcir, así lo afirman la doctrina²⁴ y la jurisprudencia internacional, cuando concurren las demás condiciones determinantes de la responsabilidad.

Así, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional ha afirmado: "La reparación es el corolario de la violación de una obligación dimanante de un compromiso entre Estados. Por lo tanto, cuando hay violación de un compromiso entre Estados, la obligación de resarcir es el corolario necesario".²⁵ Igualmente, en el asunto del *estrecho de Corfú* la Corte Internacional de Justicia llegó a la conclusión siguiente: "Si la respuesta a la pregunta ¿es Albania responsable según el derecho internacional? es afirmativa, se desprende de ello que se debe abonar una reparación".²⁶

En el asunto *Chorzov* el Tribunal Permanente de Justicia Internacional hizo notar que el principio esencial que deriva del concepto mismo de acto ilícito es que le reparación tiene, en lo posible, que "eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer el estado de cosas que verosímilmente habría existido si no se hubiera cometido dicho acto".²⁷ Por consiguiente, se aplica el principio de la *restitutio in integrum*; en caso de violación de la soberanía territorial la aplicación de esta principio consiste en la restitución material, es decir, en la devolución de la víctima del secuestro al Estado donde verosímilmente se hallaría si no se hubiera cometido el acto ilícito.

Así, en el asunto *Savarkar* el Tribunal decidió que el Gobierno británico no tenía "la obligación de devolver al llamado Vinayak Damodar Savarkar al Gobierno de la República Francesa" porque no había habido actividad fraudulenta de un agente británico en territorio francés. Por consiguiente, es fácil, mediante un razonamiento *a contrario*, deducir que, si los agentes británicos hubiesen actuado de suerte que la soberanía territorial francesa hubiese sido violada, el Tribunal habría ordenado la liberación de Savarkar y su devolución a las autoridades francesas.

La práctica diplomática se ajusta a esta principio; así, en una nota del 1° de abril de 1935, el Gobierno helvético protestó enérgicamente.

²⁴ Véase, por ejemplo, por L. Oppenheim, *International Law, a Treatise*, 8a edición preparada por H. Lauterpacht, 1954; párr. 150.

²⁵ Decisión núm. 13, publicación del TPJI, serie A, núm. 17, pág. 17; asunto *Chorzov*.

²⁶ Decisión del 15 de diciembre de 1949, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances* de la Corte Internacional de Justicia, 1949; págs. 244 a 265. Chung Il Yung, *Legal Problems involved in the Corfu Channel Incident*, Ginebra, 1959.

²⁷ *Op. cit.*, pág. 47.

gicamente contra el secuestro, el 9 de marzo anterior, del periodista *Berthold Jakob*, efectuado en territorio suizo con el concurso de las autoridades alemanas, y reclamó la restitución inmediata de la víctima, y así se hizo.²⁸ Igualmente, después de que el 20 de abril de 1887 el comisario de policía francés *Schnoebélé*, invitado a trasladarse a Alemania, hubiese sido detenido por la policía alemana inmediatamente después de haber cruzado la frontera entre Francia y el departamento de la Mosela, que era entonces de soberanía alemana, y de haber sido internado luego en Metz, el príncipe von Bismarck, en una carta del 28 de abril de 1887 al embajador de Francia en Berlín, negó que se hubiese vulnerado la soberanía francesa, porque no se había probado que *Schnoebélé* hubiese sido detenido en Francia, pero, presentado el salvoconducto constituido por la carta de invitación, ordenó la liberación del policía, que tuvo efecto el 30 de abril.²⁹

La jurisprudencia interna de los Estados ha seguido la misma orientación. Citaremos a este respecto el asunto *Jolis*.³⁰ "La denuncia formulada (contra Jolis) por agentes franceses en país extranjero no puede tener ningún efecto legal y está viciada de nulidad sustancial absoluta; . . . habida cuenta de que esta nulidad es de orden público, el juez debe señalarla de oficio; por ello, ha lugar a anular la instrucción . . . desde la denuncia del 10 de julio de 1933, en particular la orden de prisión y el mandato de entrega al juzgado correccional; se ordena la liberación inmediata del apellidado Jolis . . ."

Si el restablecimiento del estado de cosas primitivo no es posible, la reparación puede consistir en una indemnización. Esta se puede conceder a título principal o a título complementario, cuando la acción coercitiva ilícita ha causado un daño de orden físico o material o la muerte de la víctima.

Es un ejemplo característico de este caso el asunto *Brignon*.³¹ a raíz del asesinato del ojeador Brignon en la frontera franco-alemana por un agente alemán, el Gobierno imperial alemán ofreció como reparación una indemnización de 50.000 francos (valor de 1887), cantidad que fue transmitida íntegramente a la viuda de Brignon.

Ahora bien, los secuestros efectuados fuera del territorio nacional perjudican también al Estado en su honor, dignidad y prestigio; a

²⁸ Ch. Rousseau, "L'Indépendance de l'Etat", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1948, II.

²⁹ *Questions de droit relatives à l'incident franco-allemand de Pagny-sur-Moselle*, Clunet, 1887.

³⁰ Tribunal correccional de Avesnes, 22 de julio de 1933; *op. cit.*

³¹ Barón F. de Holzendorff, "Les incidents de pagny et de Schmirck à la frontière franco-allemande", *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, tomo XX, 1888; pág. 217.

estos perjuicios corresponde una reparación de orden moral: la satisfacción.

II. La satisfacción

La satisfacción tiene el carácter de institución autónoma; se distingue de la sanción penal, desconocida en derecho internacional, y de la reparación de mero orden material, propiamente dicha. La satisfacción se puede conceder en armonía con dos series de medidas, cada una de las cuales corresponde a un objetivo determinado: la primera, según los procedimientos del derecho internacional, satisface el amor propio del Estado víctima de la violación; la segunda, consistente en medidas de orden interno, tiene además por fin evitar la repetición de actos análogos.

a) Los procedimientos del derecho internacional

Nos referimos a las excusas, a las expresiones de pesar, a los honores rendidos y a la proclamación oficial de lo legalmente debido.

El asunto *Eichmann*, en el curso del cual el Gobierno israelí procuró constantemente asimilar la expresión de pesar a la reparación, es desde luego el caso más característico. El 23 de junio de 1960 el Consejo de Seguridad, que examinaba el asunto, aprobó una resolución que contenía, en su parte dispositiva, un párrafo 2 concedido en los términos siguientes: "Pide al Gobierno de Israel que aporte una reparación adecuada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con las normas del derecho internacional".³² Por lo demás, el 3 de junio el Gobierno de Tel Aviv había contestado a la petición argentina de explicación del 1° de junio en los términos siguientes: Si "el grupo de voluntarios hubiere violado las leyes de la Argentina, el Gobierno de Israel expresa su pesar más profundo a este respecto".³³ La señora Golda Meir, ministro de Relaciones Exteriores de Israel y representante de su país en el Consejo de Seguridad, manifestó que "el pesar... expresado ya directamente al Gobierno argentino y... reiterado ahora constituye una reparación adecuada".³⁴ Este es el punto de vista que sustentó siempre Israel hasta que se enconó la tensión entre los dos países y hasta que el Gobierno argentino declaró *persona non grata* al embajador de Israel en Buenos Aires. El asunto se resolvió de repente, sin que nada lo hiciera prever, después de la publicación simultánea de un breve comunicado en las dos capitales; el incidente se dio por terminado y se acrecentó así la confusión entre reparación y satisfacción.

Es también una medida de satisfacción la comprobación, por

³² Documento de las Naciones Unidas: S/PV 868.

³³ *Le Monde*, 8 de junio de 1960; la nota fue publicada el 6 de junio.

³⁴ S/PV 866, núms. 45 y 46.

un órgano político o jurídico internacional, de la violación de la soberanía del Estado: ante el Consejo de Seguridad, con motivo de los debates relativos al asunto *Eichmann*, el representante de una gran Potencia occidental, el señor Cabot Lodge, declaró: "La delegación de los Estados Unidos considera que la reparación será adecuada por el hecho de que, en la resolución que apruebe, el Consejo expresará su opinión".³⁵

La Corte Internacional de Justicia se ha expresado con mayor claridad todavía en el asunto del *estrecho de Corfú*: "A causa de las actividades de su Marina de guerra en aguas albanesas en el curso de las operaciones desarrolladas los días 12 y 13 de noviembre de 1946, el Reino Unido ha violado la soberanía de la República Popular de Albania. La comprobación de este hecho por la Corte constituye de por sí una satisfacción apropiada".³⁶

b) *Las medidas de orden interno*

Las medidas de orden interno pueden estar destinadas igualmente a dar satisfacción al Estado lesionado y a prevenir la repetición de hechos de ese especie. Estas medidas son de orden administrativo o de orden penal.

Entre las medidas administrativas, las sanciones disciplinarias son las más significativas. Así, a raíz de las operaciones de busca y registro efectuadas en el Brasil por una patrulla del *Panther*, a las órdenes del comandante conde de Saurma-Jetstch, para hallar a un marinero desertor, el comandante fue destituido después de que una encuesta hubiese determinado los hechos.

En lo que se refiere a las sanciones penales: de regreso en Alemania destituido ya de su cargo, el conde de Saurma-Jetstch fue juzgado además por un tribunal militar.

II. LOS DERECHOS DEL INDIVIDUO

A partir del momento en que un individuo que huye de las autoridades de su país de origen porque teme perder su libertad llega al territorio de otro Estado, el fugitivo beneficia del derecho de asilo; esto no significa en absoluto que se le concede el derecho de asilo por causa de este hecho: tiene derecho a pedir asilo al Estado en cuyo territorio se halla.³⁷ El Estado decide entonces soberanamente si procede o no conceder el asilo; en caso negativo, expulsa al extranjero, pero le da, no obstante, la posibilidad de trasladarse a un Estado distinto del Estado de su nacionalidad, para que tenga de nuevo la oportunidad de solicitar asilo.

³⁵ S/PV 867.

³⁶ Decisión de la Corte Internacional de Justicia, citada antes.

³⁷ Véase a este respecto lo dicho sobre el asunto Savarkar.

Cuando un tercer Estado concede asilo a un individuo, la única posibilidad que tiene el Estado de origen para apoderarse de su persona a fin de juzgarle es pedir regularmente su extradición al Estado de asilo. Se ha de considerar que cualquier otro procedimiento es contrario a las reglas del derecho internacional y, en particular éste es el caso de los procedimientos irregulares de extradición y los secuestros.

Los secuestros efectuados fuera del territorio nacional tienen casi siempre por víctima a personas refugiadas fuera del territorio nacional por causa de sus opiniones políticas o religiosas; en efecto, si se busca a un individuo por un delito común, el Estado que quiere apoderarse de esta persona puede recurrir a la extradición, prevista generalmente en estos casos en los tratados internacionales o en la legislación interna de los Estados, pero que excluye siempre de su ámbito a los delitos políticos.

El individuo que ha sido capturado irregularmente por el Estado que quiere juzgarle será defendido tal vez por el Estado en cuyo territorio se beneficiaba de asilo; ese Estado protesta sobre todo contra la violación de su territorio. Pero en los casos, por desgracia abundantes, en los que el Estado no reacciona, el individuo debe tener a su alcance vías de recurso, internas primero, internacionales después, para estar en condiciones de pedir la protección de un derecho del que es titular en su calidad misma de individuo y que está destinado a salvaguardar su libertad: el derecho de asilo.

Por consiguiente, hemos de examinar la situación en que se halla el individuo que se beneficia de asilo en territorio extranjero, así como el modo en que puede ser privado de asilo, es decir, por la extradición, antes de estudiar los recursos que tendrá a su disposición cuando, por secuestro efectuado en el territorio del Estado que le ha concedido asilo, se quiere atentar contra su derecho fundamental a la libertad.

A. El derecho de asilo y la extradición

I. El asilo

Algunos autores, que se separan de las concepciones tradicionales del derecho internacional, consideran que todo sistema destinado a proteger los derechos del hombre en el plano internacional será incompleto si no se reconoce al individuo el derecho a pedir y obtener asilo, porque éste es el único medio efectivo para que el individuo se proteja contra los actos de su propio gobierno.³⁸

La práctica internacional de los Estados consiste en conceder

³⁸ Véase, en particular, por Manuel R. García-Mora, *International Law and Asylum as a Human Right*, Washington, 1956.

asilo al extranjero cuyo vida o libertad está en peligro o bien al que teme ser perseguido por razón de su raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, etc. Ahora bien, no se reconoce a ningún extranjero *derecho a recibir asilo*, ni en derecho internacional ni en derecho interno; corresponde al Estado apreciar soberanamente los factores que le impulsan a conceder o denegar asilo.³⁹

Se suele denominar "refugiado" a la persona que recibe asilo en territorio extranjero cuando no es protegido *de facto* por su Estado de origen; esta persona es denominada también "apátrida" cuando no es protegida *de jure* por ningún Estado.

La Sociedad de las Naciones, que desde 1921 se preocupó por la protección internacional de los refugiados, nombró al señor Nansen alto comisionado para los refugiados; Nansen prestó socorros y facilitó el reasentamiento de un millón y medio de rusos que, como resultado de la revolución y de la contrarrevolución en su país, se hallaban fuera de su patria y no podían o no querían regresar a ella.⁴⁰

En 1951 se creó la Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados con la misión de "desempeñar las funciones de protección internacional, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, que se apliquen a los refugiados comprendidos en el ámbito del presente Estatuto y de buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados".

El 28 de julio de 1951 se aprobó la Convención sobre el estatuto de los refugiados. En los artículos 31 a 33 se enuncia el principio de la prohibición de devolución y, en particular, en el artículo 32 se estipula que no se expulsará a un refugiado que se halle legalmente en el territorio de un Estado Contratante "a no ser por razones de seguridad o de orden público". La expulsión "únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes" y "los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual puede gestionar su admisión legal en otro país". El artículo 35 confiere autoridad al alto comisionado para vigilar la aplicación de las disposiciones de la Convención.

En la actualidad se puede considerar que abstenerse de expulsar a los auténticos refugiados hacia los países perseguidores es uso corriente de los países civilizados.

Queda planteada empero la dificultad de determinar qué per-

³⁹ L. Koziembrodzki, *Le droit d'asile*, 1962; Me J. Rochette, *El derecho de asilo en Francia*, y L. J. Blom-Cooper, *El derecho de Asilo*, en el Vol. V, Núm. 1 de esta *Revista* (verano, 1964).

⁴⁰ *Quarante années d'assistance internationale aux réfugiés*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

sonas tienen el estatuto de refugiado.⁴¹ El caso del *doctor Cort* pone de manifiesto los límites de este concepto: el doctor Cort, ciudadano norteamericano, había sido declarado inútil para el servicio militar, antes de partir de los Estados Unidos, por padecer una enfermedad tuberculosa. Mientras residía en la Gran Bretaña, las autoridades norteamericanas le convocaron a un examen médico suplementario en relación con el servicio militar, pero el doctor Cort manifestó que su Gobierno quería obligarle a aportar elementos que fueran prueba de actividades de militante comunista, como lo había hecho en el caso de amigos del doctor Cort. Se negó, por ello, a cumplir el requerimiento oficial. Las autoridades británicas le comunicaron entonces que su permiso de estancia no sería renovado y que debía partir del país. En la Cámara de los Comunes el Gobierno tuvo que responder a preguntas sobre este asunto, pero se negó a conceder asilo a Cort por considerar que el problema era ajeno a su jurisdicción. Según el Gobierno británico, no era evidente que los Estados Unidos privarían al doctor Cort de su libertad por consideraciones políticas; así, pues, Cort tuvo que partir de la Gran Bretaña y, temeroso de lo que le aguardaba en los Estados Unidos, emigró a Checoslovaquia.⁴²

II. La extradición

El alcance del derecho de asilo se ha reducido gradualmente; sólo existe ahora por motivos políticos y se contrapone entonces a la extradición, que es el acto en virtud del cual un gobierno transfiere un individuo al gobierno de otro Estado para que sea juzgado por la administración de justicia de ésta o, de haber sido juzgado, para que cumpla la pena que se ha dictado a su respecto.

El primer convenio de extradición fue concertado en 1174 por Inglaterra y Escocia. Desde entonces se ha creado entre los Estados una tupida red de tratados de extradición. Por su parte, cada Estado ha dictado en materia de extradición normas legislativas que se aplican en virtud de los tratados o para suplir el silencio o la falta de éstos.⁴³

Todos los tratados de extradición vigentes contienen una cláusula

⁴¹ P. Weis, "Le statut international des réfugiés et apatrides", *Journal de Droit international*, 1956, núm. 1; págs. 5 y ss.

⁴² Harry Street, *Freedom, the Individual and the Law*, Penguin Books, págs. 263 y 264.

⁴³ Sin embargo, es un hecho que, de modo incompatible con los tratados y las leyes, es decir, sin que el individuo se beneficie de la garantía que éstos le conceden, tiene corrientemente efecto la entrega, en algún lugar de la frontera, de delincuentes reclamados por un Estado a otro Estado, cuando esos Estados mantienen buenas relaciones, a fin de evitar el lento procedimiento de la extradición. Ver también: *Home Secretary V.S. O'Brien*, 1923. Appeal Cases pp. 603-646, House of Lords.

sula que prohíbe expresamente la extradición de los delincuentes políticos. La inviolabilidad del asilo en territorio extranjero es un principio absoluto en relación con los delitos políticos.⁴⁴

La Constitución francesa del 25 de octubre de 1946 declara que "todo hombre perseguido por causa de su actividad en pro de la libertad tiene derecho a recibir asilo en los territorios de la República".

En el artículo 5 de la ley francesa del 10 de marzo de 1927, que regula las condiciones, el procedimiento y los efectos de la extradición, se estipula lo siguiente:

"No se concederá la extradición:

- 1) cuando el individuo objeto de la demanda de extradición sea un ciudadano francés o una persona bajo la protección de Francia; la condición de ciudadano o de persona protegida se apreciará teniendo en cuenta el momento en que se haya cometido la infracción por la cual se pide la extradición;
- 2) cuando al crimen o delito tenga un carácter político o cuando se desprenda de las circunstancias que se pide la extradición con un fin político."⁴⁵

Se registra una excepción respecto del principio de la no extradición en materia política en el marco de la Commonwealth, donde la extradición se concede incluso en caso de delito político; ello da lugar a hechos muy deplorables, por ejemplo el asunto de *Anthony Enahoro*⁴⁶ que en 1963, después de seis meses de debates judiciales y de controversias políticas, fue transferido de la Gran Bretaña a Nigeria, donde fue condenado a quince años de reclusión por traición, en realidad por un delito político. Hace poco tiempo que los ministros de Justicia de los 22 países de la Commonwealth se reunieron en Londres para examinar la posibilidad de introducir modificaciones en la *Fugitive Offenders Act* de 1881 y evitar así la repetición de casos de esta especie. Es de prever, pues, que se pondrá la ley de 1881 en armonía con la ley que rige la extradición de los individuos que no tienen la nacionalidad de un país perteneciente a la Commonwealth.

Asimismo, es un principio reconocido por todos que un Estado no hace objeto de extradición a un nacional. Esto no requiere extensos comentarios, salvo en el caso de que el Estado cometa un error con respecto a la nacionalidad del individuo objeto de extradición.⁴⁷ Recordemos a este respecto el asunto *Keyes* de 1901

⁴⁴ Phocion S. Papathanassion, *L'extradition en matière politique*, Sirey, París, 1954.

⁴⁵ *Journal officiel* de la República Francesa, 11 de marzo de 1927.

⁴⁶ Jefe A. Enahoro, *Fugitive Offender, an Autobiography*, Londres, 1965.

⁴⁷ P. Leboucq, *op. cit.*

(fugitivos franceses entregados por un oficial francés a las autoridades de Nigeria).⁴⁸

Es del todo evidente que al individuo sólo puede ser juzgado por el delito mencionado en el tratado de extradición; he aquí lo que decidió el Tribunal Supremo de España en 1934:⁴⁹

Se estipula en el artículo 9 del Tratado de extradición (entre España y Portugal) que los individuos entregados en virtud de dicho Tratado no deben ser juzgados por delitos distintos de los que han dado lugar a la extradición . . . El delito mencionado en la sentencia es distinto del delito que es base de la extradición . . . Por consiguiente, no se puede condenar al recurrente.

Se plantea también el problema de la calificación del delito. Citaremos la demanda de extradición del emperador Guillermo II dirigida a los Países Bajos, donde se había refugiado, y basada en el artículo 227 del Tratado de Versalles, según el cual "las Potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, de haber cometido el supremo delito contra la moral internacional y la sagrada autoridad de los tratados"; esta acusación suscitó la objeción de los juristas y del Gobierno neerlandés, según los cuales los hechos atribuidos a Guillermo II eran actos políticos y, por consiguiente, no estaban comprendidos en el ámbito de la extradición.⁵⁰

En lo que se refiere a los delitos sociales, es decir, los dirigidos contra toda organización social, sea cual fuere, y no sólo contra un Estado determinado o contra una forma de gobierno, los comentaristas, por unanimidad casi total, consideran que estos delitos no tienen carácter político y que, por consiguiente, sus autores pueden ser objeto de extradición.⁵¹ Con la aplicación de estos principios, la jurisprudencia francesa se ha negado siempre a considerar como delitos políticos los atentados anarquistas y los ha castigado como delitos comunes. Igualmente, en el mayor parte de los tratados concertados después de 1858 se especifica expresamente que los atentados contra un soberano extranjero o contra los miembros de su familia no tienen carácter político. La extradición de los individuos culpables de esta clase de delitos no plantea dificultades y la extradición ha sido concedida por la Gran Bretaña a Francia (asunto del anarquista François), por Francia a Italia (asunto Lucchessi) y por Suiza a

⁴⁸ Asunto US, págs. 17 y 18, antes mencionado.

⁴⁹ *Annual Digest of Public International Laws Cases, 1938-1940, Fiscal v. Samper*, asunto núm. 152; véase también, por E. D. Dickinson, "Jurisdiction following seizure or arrest in violation of international law", *American Journal of International Law*, vol. 28, 1934.

⁵⁰ Phocion S. Papatthanassiou, *op. cit.*

⁵¹ Instituto de Derecho Internacional, Ginebra, 1892, resolución núm. 4.

Italia (asunto Rivolta). En convenios concertados recientemente se considera como infracciones comunes, aunque se establezca el propósito político de sus autores, los delitos de terrorismo y de falsificación de moneda.⁵²

El caso del doctor Soblen, ocurrido en 1962, pone de manifiesto las relaciones que existente entre la extradición, la expulsión y el derecho de asilo.⁵³ El doctor Soblen había sido declarado culpable en los Estados Unidos de transmitir a la Unión Soviética informaciones relativas a la defensa, y había sido condenado por ello a la reclusión perpetua. Liberado provisionalmente entre la primera instancia y la apelación, el reo huyó a Israel. Los Estados Unidos pidieron entonces a Israel que le expulsara y enviaron un *sheriff* al Estado de asilo como funcionario de acompañamiento. El doctor Soblen, que fue detenido en Israel, fue colocado, con una escolta norteamericana, en un avión de la compañía El Al destinado a los Estados Unidos con escala en Londres. Antes de llegar a la Gran Bretaña, el doctor Soblen intentó suicidarse. Gravemente herido, obtuvo la autorización de ser hospitalizado, pero no se le concedió asilo. De conformidad con un procedimiento de *habeas corpus*, Soblen se opuso a las decisiones adoptadas a su respecto; las controversias en torno a este caso llegaron hasta la Cámara de los Lores y el asunto fue evocado en la de los Comunes. Se decidió que el *Home Office* (Ministerio del Interior) tendría discreción absoluto en la materia. Esta autoridad decidió mantener el *status quo ante* y devolvió Soblen a la compañía El Al. Soblen se suicidó antes de llegar al aeropuerto, el 11 de septiembre de 1962.

Una decisión reciente de la Sala de jurisdicción contencioso administrativa del Tribunal Federal Suizo⁵⁴ aporta una precisión interesante:

Un malhechor transferido por Alemania a Suiza sólo puede ser objeto de extradición por Suiza con destino a Francia previo consentimiento de Alemania; una vez se ha dado este consentimiento, la reextradición a Francia tiene el carácter de extradición ordinaria; el consentimiento del delincuente no es necesario.

El delincuente no se puede oponer a su reextradición a Francia si hace valer:

- que había subordinado su extradición de Alemania a Suiza a la condición de ser devuelto a las autoridades alemanas

⁵² "De l'extradition", *Juris-Classeur d'instruction criminelle*, Librairie de la Cour de Cassation, París, 1950.

⁵³ Harry Street, *op. cit.*, págs. 265 y 268.

⁵⁴ *Gillette c. Ministère public fédéral*, 12 de mayo de 1965, *Journal des Tribunaux*, I, págs. 219 y 220.

después de la terminación del procedimiento penal en Suiza;

- que los delitos comunes que Francia invoca para pedir la reextradición son meramente un pretexto para procesarlo por delitos políticos.

Así, pues, se observa claramente que el individuo está totalmente fuera del alcance de las reglas internacionales en materia de asilo y de extradición, cuya aplicación es por entero ejercicio de la soberanía de los Estados interesados.

Ahora bien, los Estados deciden libremente si procede o no conceder asilo o decretar la extradición de cierto individuo, pero no por ello dejan de estar obligados por las reglas estrictas del derecho internacional, contra la violación de las cuales puede reclamar el individuo.

B. Los recursos del individuo

I. La posibilidad de interponer recurso

El individuo al que se ha concedido asilo en el territorio de un Estado y cuyo derecho ha sido violado por agentes del Estado de origen o por un individuo responsable de su secuestro puede obtener la reparación del perjuicio sufrido: ha de ser situado de nuevo en las condiciones de libertad en que se hallaba antes.

Ahora bien, este principio no es aceptado por todos, porque algunos consideran que el individuo no es sujeto de derecho internacional.

Las leyes nacionales han denunciado a veces las ilegalidades cometidas en esta esfera. Así, por ejemplo, la *Palestine Immigration Ordinance* de 1941 declaraba culpables de delito a los armadores de cualquier buque que hubiese transportado ilegalmente inmigrantes a Palestina, así como a cualquier persona que se hallara bajo su jurisdicción "sea cual fuere el procedimiento empleado para someterles a ella".⁵⁵

El asunto más característico a este respecto es el caso *Ker. v. Illinois*, en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que "la presencia física del acusado ante la Corte es suficiente para que el procedimiento sea válido, sea cual fuere el método empleado para hacerle comparecer".⁵⁶

"La detención del acusado, según el cual solamente entró en territorio francés como resultado de actos destinados a tenderle una trampa o a facilitar su detención, se habrá de considerar como

⁵⁵ *Molvan v. Attorney General for Palestine*, 1948, AC 35, Annual Digest 1948, asunto núm. 37.

⁵⁶ 119 U.S. 436 (1886), citado por D. P. O'Connell en *International Law*, págs. 905 y ss., "Illegal seizure of persons on foreign territory".

regular teniendo exclusivamente en cuenta que fue practicada algunos días después de su llegada a Francia, si no ha habido por parte de las autoridades francesas ningún acto de coacción en el extranjero." Esta fue la decisión más moderada que adoptó el tercer consejo de guerra celebrado en París el 20 de julio de 1917.⁵⁷

Por consiguiente, parece desprenderse de estas decisiones que el individuo no tiene calidad para actuar en nombre de la soberanía extranjera y que el Estado extranjero, dueño de su soberanía, puede hacer una concesión de esta índole si lo considera conveniente y, por lo tanto, puede ratificar cualquier acto irregular. Su silencio constituye como mínimo una presunción de ratificación.

Muchos son los autores que no han aceptado, sin embargo, esta posición y "si los tribunales nacionales han dejado a veces de afirmar, en esta esfera, que estaban dispuestos a respetar el derecho internacional, lo han hecho por motivos que no guardaban relación con los elementos de la causa. Por lo tanto, no cabe citar sus decisiones por considerar que afectan al principio... según el cual una detención efectuada de modo incompatible con el derecho internacional no puede surtir efecto legal".⁵⁸

II. *Las vías de recurso*

Conviene afirmar enérgicamente que el individuo cuyo derecho de asilo ha sido violado o que ha sido víctima de una extradición irregular puede entablar personalmente una acción destinada a restituirle sus derechos y su libertad, aunque el Estado cuya soberanía haya sido violada no proteste ni defienda a la víctima.

Es del todo evidente que la única reparación adecuada es la liberación del individuo, lo que supone para éste la posibilidad de regresar al Estado donde había hallado asilo.

a) *Los recursos ante los tribunales internos*

Bastará citar cierto número de decisiones de diversos tribunales, que servirán de concluyente ejemplo.

Así, en el asunto *Jabouille* juzgado por el Tribunal de Apelación de Burdeos el 3 de febrero de 1904,⁵⁹ Francia había pedido a España la extradición de Jabouille, pero antes de la terminación del procedimiento el procesado fue entregado a la policía francesa. El Gobierno español no protestó contra este procedimiento irregular y Jabouille se quejó de esta actitud ante el Tribunal. Este decidió que Jabouille "sólo podía ser detenido legalmente por la autoridad fran-

⁵⁷ *Weisler c. Ministère public*, citado por M. Travers, *op. cit.*

⁵⁸ F. Morgenstern, "Jurisdiction in seizure effected in violation of international law", *British Yearbook of International Law*, 1952; pág. 274.

⁵⁹ *Revue de Droit international privé*, 1905, pág. 704.

cesa después de haberse procedido a una extradición pedida y obtenida en las condiciones establecidas por los tratados internacionales, o bien después de su regreso voluntario y espontáneo al país". Jabouille fue liberado y tuvo un plazo de 15 días para trasladarse a la frontera.

En el asunto *United States v. Ferris*,⁶⁰ la Corte Suprema de los Estados Unidos, en causa formada a diversos individuos de nacionalidad británica acusados de infringir la *Prohibition Act* y detenidos a bordo de un buque panameño a 270 millas del litoral de los Estados Unidos, decidió que la detención se había efectuado muy el exterior de los límites fijados por el tratado de 1924 entre los Estados Unidos y Panamá, que era una verdadera agresión y una violación del tratado, que no debía ser confirmada, por lo tanto, por un tribunal y que no debía servir de base a un procedimiento adverso a los procesados.⁶¹

"En la noche del 26 de agosto de 1961 un grupo de seis policías sudafricanos cruzó la frontera entre la República de Sudáfrica y el territorio británico de Basutolandia. Una vez dentro del territorio, forzaron la entrada de una casa y redujeron a la impotencia a Anderson Ganyile, refugiado político procedente de Sudáfrica, y a otros dos refugiados. Por la fuerza, estos policías condujeron clandestinamente a esos tres hombres a Sudáfrica. Los detenidos fueron encarcelados en este país durante cuatro meses y medio, incomunicados y sin proceso. Ganyile consiguió transmitir una nota a amigos suyos que supieron así dónde se hallaba y entablaron una acción judicial, que fue coronada, en definitiva, por la liberación de los tres detenidos".⁶² El Ministerio de Justicia declaró: "Ha quedado establecido que la detención de Ganyile fue efectuada en territorio de Basutolandia y, en vista de ello, el procurador general de Grahamstown ha decidido que no procedía continuar, en relación con Ganyile, el sumario formado por tentativa de asesinato e incitación al asesinato".⁶³

Las decisiones que acabamos de leer no reflejan la realidad en su conjunto y el lector quizá podría señalar que parte de la doctrina,⁶⁴ de la jurisprudencia e inclusive de la legislación no han aceptado todavía este principio. Entendemos, no obstante, y

⁶⁰ *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927-1928*, asunto núm. 127.

⁶¹ Véase también la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el asunto *Cook v. United States*, *Annual Digest 1931-32*, asunto núm. 1, denominado asimismo el asunto del *Mazel Tov*.

⁶² *South African Incident: The Ganyile Case*, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1962 (publicado en francés y en inglés).

⁶³ Véase también el asunto *The State (Quinn) v. Ryan and Others*, Corte Suprema de Irlanda (118/1963), en la *Revista* de la Comisión Internacional de Juristas, núm. VI/2, págs. 349 a 351.

⁶⁴ Véase, en particular, M. Travers, *op. cit.*

tenemos para ello sólidos fundamentos que confieren a los casos citados toda la importancia atribuida, que no conviene dar ya valor a las opiniones basadas en la concepción clásica del derecho internacional, para la cual sólo existen los Estados y su soberanía. En la fase actual de su desarrollo, no hay duda de que el derecho internacional reconoce la existencia del individuo y de los derechos que ejerce en virtud de reglas de aceptación general, entre ellas las relativas al asilo y a la extradición.

Por consiguiente, las jurisdicciones internas tienen la obligación de proteger al individuo que comparece ante ellas como resultado de actos incompatibles con estas reglas del derecho internacional; si en épocas pasadas no han cumplido con su deber, ello se debió a consideraciones ajenas a las de la recta administración de justicia y muy a menudo, por desgracia, a consideraciones políticas.

En la hipótesis de que las jurisdicciones internas pasen por alto los derechos del individuo, se ha de reconocer a éste una vía de recurso ante una jurisdicción internacional; ésta no está sujeta a las exigencias e influencias que tal vez se ejerzan sobre las primeras y podrá, con total imparcialidad, proteger al individuo y garantizar su libertad.

b) Recursos ante los órganos judiciales internacionales

Los particulares pueden referir ante las jurisdicciones internacionales más progresistas⁶⁵ los actos ilícitos de los que, a su modo de ver, son víctimas, y es de prever que este progreso se extenderá al conjunto de las jurisdicciones internacionales. Estos tribunales continuarán la obra de los tribunales internos carentes de medios, porque parece lógico que sólo entiendan en un asunto después de que el individuo leso haya agotado los recursos internos. Su jurisprudencia servirá de guía a los tribunales nacionales y entonces, ante toda jurisdicción ante la cual comparezca el individuo, quedará protegido el derecho fundamental a la libertad que garantiza el principio del asilo.

Merece la pena estudiar al respecto el ejemplo del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre.

El Convenio Europeo de los Derechos del Hombre afirma la existencia, en beneficio del individuo, de cierto número de derechos fundamentales en el plano internacional. Crea un mecanismo judicial para la garantía internacional de los derechos que reconoce. En realidad, es la primera vez que se reconoce así que ciudadanos par-

⁶⁵ La Corte de Justicia Centroamericana (1907-1917), los tribunales arbitrales mixtos creados por los Tratados de Paz de 1919, el Tribunal arbitral mixto encargado de dirimir los litigios surgidos en relación con la Alta Silesia y, sobre todo, los órganos creados por cierto número de organismos especializados de las Naciones Unidas.

ticulares tienen derecho al acceso directo ante un órgano judicial internacional de carácter permanente.⁶⁶

Un número muy considerable de los asuntos planteados ante la Comisión Europea de los Derechos del Hombre ha versado sobre demandas relativas al derecho de asilo y a los procedimientos de expulsión o de extradición.

El derecho de asilo no está protegido por el Convenio y la cuestión se ha podido plantear indirectamente, invocando el artículo 3 que prohíbe los tratos inhumanos.

Por una decisión del 6 de octubre de 1962, la Comisión de Derechos del Hombre reconoció por primera vez que la expulsión de un extranjero hacia un país determinado podía constituir un trato inhumano. Esta posición liberal ha sido reafirmada en diversas ocasiones (demandas 1802-63 y 2143).

Cabe preguntarse si la aplicación del artículo 5 no daría lugar a un resultado análogo sobre bases jurídicas más satisfactorias. En efecto, se dispone en el artículo 5:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie será privado de la libertad, salvo en los casos siguientes y según las vías legales:

...

b) si ha sido objeto de detención o prisión regulares...

5. Toda persona víctima de detención o prisión en condiciones contrarias a las disposiciones del presente artículo tendrá derecho a una reparación.

Parece, pues, evidente que un individuo secuestrado fuera del territorio nacional, es decir, detenido irregularmente, puede comparecer ante la Comisión Europea de Derechos del Hombre y plantear luego el asunto ante el Tribunal, por analogía con lo resuelto en los casos antes citados, es decir, para protestar contra un trato inhumano o en virtud de las disposiciones del artículo 5 del Convenio Europeo.⁶⁷

La posición que niega al individuo el derecho a evocar judicialmente una violación del derecho de gentes, *a fortiori* cuando el Estado lesionado no plantea ninguna reclamación, se basa en una concepción del derecho internacional, clásica, pero que no deja de suscitar objeciones.

⁶⁶ Véanse la *Revista* de la Comisión Internacional de Juristas, primavera-verano de 1958, vol. I, núm. 2, págs. 217 y ss., y el *Boletín* de la Comisión Internacional de Juristas, núm. 24, 1965; págs. 4 y ss. Véase también, por Karel Vasak, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, París, 1964.

⁶⁷ Han reconocido como obligatoria la jurisdicción del Tribunal los mismos Estados que aceptan la competencia de la Comisión en materia de demandas de particulares, a saber, Austria, Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, República Federal de Alemania y Suecia (once Estados).

Es cada vez más evidente que el derecho internacional no es meramente un derecho que rige las relaciones entre los Estados, sino un derecho que acepta también la intervención de los particulares (así ocurre en materia de protección diplomática, para citar un ejemplo clásico).

Conclusión

Desde la Edad Media, la doctrina primero y luego, progresivamente, la jurisprudencia han denunciado con energía las violaciones de la soberanía territorial de un Estado cuando se había efectuado un secuestro de modo incompatible con las reglas del derecho internacional en materia de asilo y de extradición.

Por eso, se habría de suponer que, desde hace mucho tiempo, un principio sustentado y defendido de manera tan general no se pone ya en tela de juicio. Sin embargo, la independencia de los Estados respecto del derecho internacional, en la fase actual de su evolución, es tan considerable que con mucha frecuencia se observa que algunos Estados, entre ellos Estados muy civilizados, realizan cínica y abiertamente secuestros en el territorio de Estados extranjeros o bien prestan su ayuda para actos de esta especie.

No por ello dejan de asombrarnos declaraciones como la siguiente, hecha algunos días antes de la redacción de estas líneas:

El general Ankrah, jefe del Consejo Nacional de Liberación de Ghana, declaró ayer que, llegado el caso, el ex presidente Nkrumah sería secuestrado, pero no ejecutado *sic*; sería trasladado a Ghana para ser juzgado... Dondequiera que aparezca, *podemos* capturarlo y lo haremos...⁶⁸

Si se realizan actos de esta clase, el derecho internacional clásico protege la soberanía territorial del Estado contra los atentados cometidos y exige que se haga reparación y se dé satisfacción al Estado leso. En la época contemporánea, la evolución del derecho internacional ha llevado a reconocer que en los casos de secuestro efectuado fuera del territorio nacional, no se puede hacer caso omiso de los derechos del individuo; éste debe beneficiarse siempre del derecho de recurso individual, interno o internacional, que le dé la posibilidad de hacer respetar su derecho a la libertad, derecho garantizado por el asilo, incluso si el Estado que le ha concedido asilo no le protege, porque está en situación de inferioridad respecto del Estado agresor, o bien porque sencillamente no atribuye importancia a la violación cometida en su territorio.

⁶⁸ Despacho de la agencia British United Press publicado por *The Guardian*, el 20 de junio de 1966.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE

por

OSVALDO ILLANES BENÍTEZ *

I

Nuestro país se halla estructurado en un Estado de Derecho. Decir esto no es, por supuesto, una simple afirmación. Es, por el contrario, establecer un concepto de amplio alcance en el orden jurídico, social y económico. El abarca toda la vida del hombre para que pueda desenvolver, sin tropiezos, todas sus facultades en una sociedad libre.

Desde su independencia, en el año 1810, empezó a consagrar principios encaminados a diseñar los tres Poderes del Estado, bajo la fórmula de Montesquieu. Y dió al ciudadano chileno y al extranjero que residen en nuestro territorio, las libertades indispensables para desarrollar su espíritu y velar por su bienestar material.

Si hubo un gobierno fuerte en los primeros años de su independencia, fue con el propósito de encauzar a la nación por una nueva senda de orden y de libertad, la que el pueblo aún no había asimilado ni a la cual estaba acostumbrado.

No es tarea fácil enderezar a una nación que ha vivido bajo un sistema colonial por la vía de la regla de derecho. Nuestro Prócer Máximo, don Bernardo O'Higgins, hubo de emplear mucho esfuerzo para educar al pueblo en la libertad y en el orden jurídico dentro de ella. El mismo que desplegaron los que habían de seguirle en este camino.

Pero este es un fenómeno que alcanza a todos los pueblos que se han encontrado en esa situación. Lo importante es que no tarden mucho en entrar en la nueva vía. Chile tuvo esta última suerte. Quizás influyó la raza predominante de ayer y de hoy: la vasca-castellana.

II

Varios hombres eminentes contribuyeron a establecer nuestra ordenación jurídica. Dos de ellos, don Diego Portales y don Mariano

* Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Chile y Vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas.

Egaña, estructuraron nuestra Constitución Política, tarea en la que también participó don Andrés Bello. Y este último, redactó nuestro Código Civil, labor que contó, asimismo, con la ayuda de don Manuel Mont. Don Gabriel Ocampo tuvo una actuación decisiva en la redacción del Código de Comercio.

El Código Penal tuvo como modelo al español y algunas doctrinas sustentadas por autores de la misma nacionalidad. De los de Procedimiento Civil y Penal, fueron sus principales colaboradores, don Manuel Egidio Ballesteros, don Luis Barriga, don Francisco Vargas Fontecilla, don José Bernardo Lira y don Leopoldo Urrutia.

La Constitución Política dictada en el año 1833 fue suficientemente avanzada en esa época. Contemplaba para Chile el Estado de Derecho, con sus Poderes Públicos bien especificados en cuanto a sus respectivas atribuciones, aun cuando en lo que se refiere al Judicial sólo se hablaba de "Administración de Justicia", sin que por ésto dejara de ser un verdadero Poder del Estado.

Las modificaciones introducidas a esta Constitución, en el año 1925, cambiaron la terminología de "Administración de Justicia", por la de "Poder Judicial".

La independencia de nuestros tribunales de justicia está determinada en forma clara en el artículo 80 de la Constitución Política del Estado, que dice: "La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos".

Y en general, la de los tres Poderes, por el artículo 4 de esa Carta Fundamental, que dispone: "Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

El artículo 85 de la misma Constitución estipuló la inamovilidad de los jueces, los que permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento, y sólo podrán ser depuestos de sus destinos por causa legalmente sentenciada.

III

Una ley especial que, en nuestro régimen, se llama "Código Orgánico de Tribunales", especifica la organización y atribuciones de éstos, con el objeto de que la justicia sea pronta y cumplida en todo el territorio de la República. Y las innovaciones sólo podrán hacerse, respecto de sus facultades o en el número de jueces, en virtud de una ley (art. 81 de la Constitución).

Ese Código Orgánico de Tribunales determina las calidades que respectivamente deban tener los jueces, y el número de años que han debido ejercer la profesión de abogado las personas que fueren nombradas Ministros de Cortes o Jueces Letrados. Y estas designaciones se efectúan por medio de ternas y quinquenas. Las primeras las forman la Corte Suprema para llenar las vacantes de Ministros de Cortes de Apelaciones y éstas para ocupar los cargos de jueces de sus respectivas jurisdicciones. En ellas han de figurar el juez más antiguo y dos por mérito, según sea la categoría del cargo que se trata de proveer.

Para la designación de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, pueden figurar uno o dos Ministros de Cortes de Apelaciones de provincia, u otro de igual categoría a estos últimos.

La quinquena, que es el medio para nombrar un Ministro de la Corte Suprema, se forma por esta misma Corte. Se constituye por los dos Ministros más antiguos de las Cortes de Apelaciones y tres por mérito, dentro de estos últimos puede figurar un abogado que no pertenezca al escalafón judicial.

Para ser miembro de la Corte Suprema se necesitan los siguientes requisitos: a) ciudadanía natural o legal; b) tener 36 años de edad; c) tener el título de abogado; y d) haber ejercido por quince años la profesión de abogado, o servido por ocho un juzgado de departamento, o por seis uno de capital de provincia, o por cuatro donde tengan su asiento una Corte de Apelaciones, o por dos el cargo de miembro de una de estas Cortes.

El número actual de los Ministros de la Corte Suprema son 13. Uno de los cuales es Presidente, que es elegido por mayoría de votos.

El sistema implantado en Chile para el nombramiento de jueces es mixto. Es decir interviene el Poder Ejecutivo y el Judicial. El Presidente de la República designa a uno de los tres o a uno de los cinco. Existe una reforma en camino para que se designe forzosamente a un juez que ha figurado en ternas o un Ministro en quinquenas, tres veces.

IV

Como toda institución, sea jurídica o no, tiene sus vicisitudes anteriores a su nacimiento, la Corte Suprema de Justicia de Chile no fue ajena, por consiguiente, a estas circunstancias. Empezó este tribunal, en tiempo de la Colonia con el nombre de la "Real Audiencia", que en esa época tenía, ante todo, un carácter político. Se podía recurrir a ella por medio de los recursos de segunda suplicación y de injusticia notoria, que corresponden, en cierta medida, a los de casación de que conoce la actual Corte. Al proclamarse la

independencia de nuestra nación en 1810, el primer acto ejecutado por el Gobierno fue la supresión de la "Real Audiencia" y su reemplazo por la "Cámara de Apelaciones". Por el Reglamento de 14 de Octubre de 1811, sobre Administración de Justicia, se creó un "Tribunal Supremo Judicial", cuya jurisdicción consistía en "el entable, sustanciación y término de los recursos de injusticia notoria, segunda suplicación y otros extraordinarios que puedan interponerse a las últimas sentencias de los tribunales del Reino". Se radicó en esta forma la competencia que tenía antes la "Real Audiencia".

Este Tribunal estuvo compuesto de tres jueces letrados, que se nombraban por el Congreso. Duraban en sus cargos "hasta que se disuelva esa Corporación, o que ulteriores ocurrencias exijan variarla". El tratamiento de los jueces era de Alteza, cuando estaban en cuerpo o en sala. Fuera de esta situación, no tenían ninguno. La renta consistía en "el conocimiento patriótico a que la buena administración de justicia les haga acreedores". Es claro que estas cosas eran de los tiempos coloniales.

En la Constitución de 1823 dicho Tribunal toma el nombre de "Suprema Corte de Justicia". Se componía de 4 Ministros, un Presidente y el Procurador Nacional, quienes debían tener las mismas calidades de Ministro de Estado; más la profesión y ejercicio de abogado por 10 años.

Esta Corte ejercía funciones de segunda instancia de los asuntos que conocían las Cortes de Apelaciones en primera. Tenía la Suprema Corte, según dicha Constitución, la superintendencia directiva, correccional, económica y moral ministerial sobre los tribunales y juzgados de la nación. Cada Ministro era juez conciliador en la capital. Es decir se estableció que antes de recurrir a los juzgados y tribunales de primera instancia se comparecía ante los jueces de conciliación. Después, se suprimió este trámite porque retardaba la marcha de los juicios.

La Constitución de 1828, que fue la siguiente a la de 1823, mantuvo en líneas generales la organización de la Suprema Corte, que en lo sucesivo se denominó "Corte Suprema". El artículo 93 dispuso que el Poder Judicial residiría en la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Juzgados de primera instancia. La primera se componía de 5 Ministros y un Fiscal. Este número podía aumentarse por voluntad del Congreso. Para ser Ministro se requería ciudadanía natural o legal, 30 años por lo menos de edad y haber ejercido por 6 años la profesión de abogado. La Corte Suprema, en esta Constitución, tenía atribuciones más amplias y para conocer de ellas existía el recurso que se le llamó "de súplicas". También se establecieron en dicha Carta determinadas garantías ciudadanas frente a los actos de los jueces, tribunales y autoridades. Eran algunos derechos humanos que ya se respetaban en aquella época.

Es menester hacer mención que en esta Carta Fundamental de 1828, se contemplaban los jueces de paz, con el carácter de conciliadores. Una necesidad que hoy se palpa en muchas comunas del país.

V

La Constitución de 1833 no alteró sustancialmente el régimen orgánico de la Corte Suprema. Por el contrario dispuso en uno de sus artículos transitorios que mientras no se dictara la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y de Administración de la Justicia, subsistiría el orden vigente. Y estableció la norma fundamental, consagrada ya en las Constituciones de los años 1823 y 1828, que ella "tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los Tribunales de la Nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones". Esta ley se dictó en 1875 y que hoy, como se ha dicho, tiene el nombre de "Código Orgánico de Tribunales". Durante el lapso entre 1833 y 1875, se siguieron dictando leyes, decretos, autos acordados y diversas disposiciones de carácter procesal y orgánico e incluso de derecho sustantivo, como elementos preparatorios de una futura codificación.

Un Decreto-Ley de Marzo de 1837, se ocupó del recurso de nulidad, que hoy corresponde al de casación en la forma. Este recurso tenía por objeto invalidar una sentencia que adolecía de vicios atinentes a la ritualidad de los juicios, mediante causales determinadas en la ley. Sirvió de base, para establecerlo, el que existió en la época de la Real Audiencia. La competencia radicaba en las Cortes de Apelaciones para conocer del que se entablaba contra una sentencia de un juez de primera instancia. Y en la Corte Suprema con relación a los fallos expedidos por aquellas Cortes.

Los nombramientos se hacían de conformidad con la ley de 30 de Diciembre de 1842. El Consejo de Estado presentaba las ternas al Presidente de la República. Este organismo, para formarlas, tomaba como base dos informes anuales sobre calificación de los funcionarios judiciales.

La Corte Suprema se componía de siete miembros, al tiempo en que se dictó la ley de 1875. Era Presidente aquél que le correspondía ejercer el cargo por un orden de antigüedad, y duraba en el desempeño de sus funciones un año. La composición de este Tribunal no se alteró hasta que se dictó el Código de Procedimiento Civil, que elevó el número de Ministros a 10. El trabajo había aumentado con la creación de los recursos de casación en la forma y en el fondo. La ley N° 3390 volvió a modificar el número de integrantes de esa Corte, fijándolo en 13, uno de los cuales sería su Presidente, que era nombrado por el Presidente de la República de una terna que hacía todo el Tribunal. Su cargo duraba tres años y

podía ser reelegido. El Decreto Ley N° 27 del año 1924, redujo su número a 11. Y para conocer de los recursos de casación en el fondo y de revisión, dispuso que la Corte funcionaría con todos sus miembros, o por lo menos con la concurrencia de 7.

La Ley N° 5980 de 1937, que es el último texto legal sobre la materia, aumentó nuevamente el número de Ministros a 13. Y contempló la división de su funcionamiento en dos Salas, de siete miembros cada una, las que, para ejercer sus atribuciones, se completaban con abogados integrantes, en el conocimiento de ciertos asuntos. El Presidente, por la variedad de las cuestiones que tiene a su cargo, no entra, por lo general, a integrar Salas, salvo en las sesiones plenarias.

VI

La Corte Suprema actual tiene una variada jurisdicción. Entre las más importantes se hallan la de ser un tribunal de casación y de velar por la constitucionalidad de la ley que dicta el Poder Legislativo. Dentro de esta primera función, establece la uniformidad de la jurisprudencia en asuntos de orden formal y sustancial, mediante los recursos de casación en la forma y en el fondo, que hoy se ven juntamente y sobre los cuales se pronuncia en una misma sentencia. Es claro que su decisión no constituye para los tribunales inferiores una jurisprudencia obligatoria, como sucede en Francia cuando se anula dos veces una resolución.

Acogido el recurso de casación en la forma, por alguna de las causales determinadas en la ley, que influye en lo dispositivo del fallo, se anula éste y se dicta nueva sentencia por otro tribunal de igual categoría no inhabilitado, por la opinión u opiniones que se han emitido, según sea unipersonal o colegiado. También se puede invalidar una sentencia haciendo uso de una facultad de oficio, sin petición de parte, respecto de las mismas causales especificadas en la ley procesal, cuando así lo estime necesario la Corte para dispensar la justicia que se invoca.

Aceptado el recurso de casación en el fondo por infracción de ley sustantiva, que ha influido en lo dispositivo de la resolución atacada, se anula ésta y se dicta por la Corte de Casación una en su reemplazo, en la que dicho tribunal resuelve el asunto controvertido mediante la aplicación correcta de la ley. Este recurso sólo procede contra sentencia inapelable de segunda instancia y por una cuantía que no sea inferior a 1000 escudos, que el juez de primera instancia fijará antes de dictar su fallo.

En el sistema judicial chileno hay sólo dos instancias: primera y segunda, que están constituidas, respectivamente, por un tribunal unipersonal y colegiado.

De este modo, el Tribunal más alto de la nación consagra la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley, tanto en el orden procesal como sustantivo.

En cuanto al recurso de inaplicabilidad, que es la denominación que le da nuestra Constitución Política, tiene por objeto — conforme a su esencia — declarar inaplicable o inconstitucional un precepto legal que se opone a otro establecido en esa Carta Fundamental. Pero este recurso sólo procede en el caso particular de que estuviese conociendo algún Tribunal de la República, o la misma Corte Suprema cuando estuviere tratando de un recurso que es de su competencia.

El recurso de inaplicabilidad puede deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación. En su interposición ante la Corte Suprema se da traslado de él a las partes que figuran en el juicio y con su contestación o no, se oye al Fiscal de ese Tribunal.

La Corte Suprema, en consecuencia, tiene, dentro de su jurisdicción, la defensa de la Constitución Política del Estado, cuando el Poder Legislativo al cumplir su misión de creador de la ley se excede en sus atribuciones. Ha propuesto, con motivo de reformas que se van a introducir a la Constitución, que el recurso de inaplicabilidad tenga efectos generales y no sólo en el caso singular de que estuviere conociendo un tribunal del país. Y ello evitaría que a las partes afectadas con el quebranto de una disposición constitucional, se les obligue deducirlo en cada caso que se litigue.

La Corte Suprema, también tiene jurisdicción, como mandato constitucional, para conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia que no correspondan al Senado (art. 86, inciso 3°).

El Código Orgánico de Tribunales, por su parte, establece asimismo otras jurisdicciones que competen a la Corte Suprema. Además del recurso de inaplicabilidad ya tratado, que conoce este tribunal en sesión plenaria, con la asistencia de nueve miembros a lo menos, se pronuncia sobre las apelaciones en los juicios por desafuero de Senadores y Diputados. Un juez penal no puede tramitar una causa contra un parlamentario sin antes pedir a la Corte de Apelaciones respectiva la declaración que ha lugar a incoar proceso contra él. Dicha Corte mediante una resolución fundada decide si ha o no lugar a instaurar acción criminal contra un diputado o senador. Y ella es apelable ante la Corte Suprema, la que también conoce en sesión plenaria.

Lo mismo ocurre en los juicios de amovilidad fallados en primera instancia por las Cortes de Apelaciones o por el Presidente de la Corte Suprema, seguidos contra jueces de mayor o de menor cuantía o Ministros de esas Cortes, respectivamente.

Le corresponde también decidir en pleno las cuestiones administrativas, disciplinarias y económicas que las leyes le asignan. E informar al Presidente de la República, cuando se solicite su dictamen, sobre cualquier punto relativo a la administración de justicia y sobre el cual no exista cuestión de que deba conocer. Y de otras materias que leyes especiales expresamente le encomiendan. Todas, asimismo, deben ser resueltas en pleno.

Actualmente, la Corte Suprema está dividida en Salas compuestas de siete miembros cada una, para conocer de determinados asuntos, además de los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos contra sentencias de las Cortes de Apelaciones, o de árbitros de derecho de segunda instancia. Dichas Salas conocen también de las apelaciones sobre admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos de casación; de los de revisión interpuestos contra sentencias ejecutoriadas. En segunda instancia, de las causas sobre acusaciones o demandas civiles que se entablen contra uno o más miembros o fiscales de las Cortes de Apelaciones para hacer efectiva su responsabilidad por actos cometidos en el desempeño de sus funciones; y de las causas sobre presas, extradición pasiva y demás que deban juzgarse con arreglo al Derecho Internacional.

Las Salas mencionadas conocen también de los recursos de quejas que se interponen contra los miembros de las Cortes de Apelaciones. Estos recursos tienen por objeto sancionar un abuso o falta que los jueces han cometido al dictar una resolución, sin que ello signifique el incurrir en una infracción penal, por falta de una intención dolosa. Es decir el recurso de queja persigue sólo velar por la conducta funcionaria de los jueces. Si éstos merecen la aplicación de alguna medida disciplinaria, es el Tribunal pleno el que debe imponerla.

Una de las Salas puede asimismo conocer de las apelaciones que se deduzcan contra las sentencias que acojan o desechen un recurso de amparo respecto de personas que hayan sido detenidas o contra las cuales se haya decretado prisión, sin causa o formalidad legal y antecedentes que lo justifiquen. Este recurso de habeas corpus esta contemplado en nuestra Constitución y regido por el Código de Procedimiento Penal.

Hoy la Corte Suprema se halla dividida en dos Salas, que se turnan mensualmente para conocer de los recursos de casación sobre materia civil y penal; la que está conociendo acerca de la segunda materia es también competente para resolver de los diversos asuntos que han de decidirse con la sola cuenta del Relator.

Puede también constituirse una tercera Sala, siempre que así lo disponga el Presidente de la Corte, según el número de causas pendientes.

VII

Aparte de las facultades específicas señaladas, la Corte Suprema tiene participación decisiva en el Tribunal calificador de Elecciones, que tiene como misión fundamental depurar las elecciones que se realicen de Presidente de la República, Senadores y Diputados. En otras palabras, el tribunal aludido otorga los títulos correspondientes para que los representantes de esos dos Poderes del Estado entren a desempeñar sus funciones. Dicho Tribunal está compuesto por dos miembros de esa Corte, uno de la Corte de Apelaciones de Santiago, el segundo en importancia del país, y dos ex-Presidentes o ex-Vicepresidentes del Senado y de la Cámara de Diputados, uno por cada corporación. Los cinco integrantes del Tribunal se eligen por sorteo de entre los miembros de cada una de esas instituciones. Y el Presidente se elige también por sorteo de entre los cinco que lo componen.

El Poder Judicial tiene, en consecuencia, mayoría en la constitución de ese Tribunal, acentuada por los dos miembros de la Corte Suprema. Y dicta su veredicto conforme a derecho y la prueba la analiza en conciencia.

Las modificaciones introducidas en el año 1925 a la Constitución de 1833, referente al Poder Judicial, consisten en el establecimiento de la disposición que faculta a la Corte Suprema para declarar inconstitucional una ley, en la forma que ya se ha explicado; y en la creación del Tribunal calificador de Elecciones, del cual recién se habla.

La Corte Suprema de Justicia llega así, mediante los numerosos recursos contemplados en las leyes procesales y en el Código Orgánico de Tribunales, a tener el control de todo el orden jurídico de la nación. Y ser una especie de vigilante para que él cumpla la alta misión que, de por sí le pertenece, en una democracia representativa y republicana.

La consistencia de nuestro Estado de Derecho se halla precisamente fundada, desde los primeros tiempos de nuestra independencia, en la tradición de libre ejercicio de la función judicial, sin interferencia de ninguna clase. Y la Corte Suprema ha sabido, día a día, mantener incólume este principio fundamental, interpretando y aplicando la ley, sin otro miramiento que dispensar justicia.

La política nunca ha logrado mezclarse en las decisiones judiciales. Su historia está llena de ejemplos de casos en los que los más altos jueces han demostrado tener una conciencia que exaltan su personalidad y su independencia para juzgar.

Hay en Chile una conciencia jurídica, formada por ese respeto casi secular que el pueblo todo rinde a la judicatura y que se somete sin esfuerzos a sus dictados.

Y para hacerlo cada vez más viviente, existe la trascendente

facultad que le otorga el artículo 86 de la Constitución Política del Estado, como uno de los pilares en que descansa esa fe que aquél tiene de la función judicial, y que viene sucediéndose desde la Constitución del año 1823: "La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones".

Ningún Tribunal de la República puede escapar a su atenta y alerta vigilancia.

**REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA
BASADA EN EL IMPERIO DEL DERECHO**

DECISIONES JUDICIALES DE DIVERSOS PAISES

Compiladas y anotadas por

LUCIAN G. WEERAMANTRY *

* Bachiller en Artes (Londres); abogado en ejercicio en Ceilán; individuo de la corporación de Gray's Inn; oficial letrado mayor, especialista en cuestiones asiáticas de la Comisión Internacional de Juristas.

INDICE

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

- Igualdad de derechos para los que ejercen la misma profesión**
- Ministerio Público v. Eliane Landrin*
(Tribunal de Policía de Cannes, Francia) 323
- Igualdad de oportunidades en la enseñanza**
- Rogers et al. v. Paul et al.*
(Corte Suprema de los Estados Unidos de América) 324
- Libertad de reunión y de asociación**
- Nwabzada Nasrullah Khan v. the District Magistrate, Lahore and the Government of West Pakistan*
(Corte Suprema del Paquistán Occidental) 325
- Libertad de Conciencia**
- Hoffmann v. el Estado de Hesse*
(Tribunal Constitucional del Estado de Hesse, República Federal de Alemania) 328
- Libertad de difundir y de diseminar las ideas**
- Olivier and Another v. Buttigieg*
Comité Judicial del Consejo Privado – En un recurso contra un fallo del Tribunal de Apelación de Malta) 329
- La igualdad ante la Ley**
- Evans et al. v. Newton et al.*
(Corte Suprema de los Estados Unidos) 331
- Khaw Kai-Boh v. Straits Echo Press and another*
(Tribunal Federal de Malasia) 332
- Rogers v. Paul*
(Corte Suprema de los Estados Unidos de América) 333
- El derecho a no dar a conocer las opiniones políticas o las relaciones personales**
- De Gregory v. Attorney General of New Hampshire*
(Corte Suprema de los Estados Unidos de América) 333

Derechos de los funcionarios

Hernández v. Villegas
(Corte Suprema de Filipinas) 334

El derecho de recurso a los tribunales

Macauley v. the Minister for Posts and Telegraphs
(Corte Suprema de Irlanda) 335

El derecho de sufragio

Harper v. Virginia Board of Elections
(Corte Suprema de los Estados Unidos de América) 337

PODERES JUDICIALES Y TRIBUNALES

Los tribunales tienen la obligación de motivar sus fallos

Hashim and another v. Public Prosecutor
(Corte Suprema Federal de Malasia) 338

Independencia del Poder Judicial

Khaw Kai-Boh v. Straits Echo Press and another
(Corte Suprema de Malasia) 339

LA PRENSA

La libertad de la prensa a publicar crónicas judiciales

In re Mirajkar and others
(Corte Suprema de la India) 340

Responsabilidades de la prensa en una sociedad democrática

Khaw Kai Boh v. Straits Echo Press and another
(Corte Suprema de Malasia) 341

LA INSTRUCCION Y EL PROCESO

Elementos que se han de tener presentes al dictar sentencia

Nissim Ozer y Nissim Lev v. el fiscal general
(Corte Supreme de Israel) 341

Libertad de acceso a los procesos y publicidad de éstos

In re Mirajkar and others
(Corte Suprema de la India) 342

Derecho a ser defendido por abogado

- In re the Madhya Bharat Panchayat Act, 1949*
(Corte Suprema de la India) 342

Derecho a ser juzgado con arreglo a la justicia

- Pate v. Robinson*
(Corte Suprema de los Estados Unidos de América) 343

Derecho a ser juzgado según un procedimiento en regla y dentro de un plazo razonable

- Nicola v. Christofi and another*
(Corte Suprema de Chipre) 345

- Nicolaou v. Police*
(Corte Suprema de Chipre) 346

El derecho a ser juzgado con prontitud

- United States v. Ewell et al.*
(Corte Suprema de los Estados Unidos de América) 347

El derecho de una persona que no ha sido detenida a negarse a toda declaración en caso de ser interrogada por la policía

- Rice v. Connolly*
(*Queens Bench Division*)) 348

Carácter secreto de las revelaciones hechas al abogado por su cliente

- Abogado X v. cantón de los Grisones, ministerio público y delegación del Tribunal cantonal*
(Tribunal Federal Suizo) 350

* * *

Tribunal de Policía de Cannes, Francia

IGUALDAD DE DERECHOS PARA LOS QUE EJERCEN LA MISMA PROFESION

MINISTERIO PUBLICO v. ELIANE LANDRIN

(Gazette du Palais, 8-10 de junio de 1966)

El alcalde tiene atribuciones para dictar ordenanzas que prohiban el ejercicio de una profesión ambulante en determinados sectores del término municipal y durante determinados períodos, siempre que las ordenanzas tiendan a garantizar el orden, la seguridad de la circulación y la tranquilidad pública. Ahora bien, el alcalde no puede establecer prohibiciones de carácter general y absoluto. Cuando el ejercicio de una profesión ambulante ha sido prohibido con arreglo a derecho, el alcalde no puede apartarse de esta prohibición y dar a un individuo la autorización particular de ejercer su actividad en un lugar prohibido o durante el periodo de prohibición. Una autorización de esta índole viola el principio de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y adolece, por consiguiente, del vicio de ilegalidad; la ordenanza general es también ilícita.

Sentencia dictada el 24 de enero de 1966.

Eliane Landrin fue procesada por haber ejercido los días 15 y 22 de mayo y 22 de junio de 1965 una profesión ambulante, a saber, la de fotógrafo callejero, en una zona prohibida de la ciudad, de modo incompatible con una ordenanza dictada por el alcalde de Cannes. Quedó establecido en los atestados de cargo que la Sra. Landrin fotografiaba en lugar prohibido a los peatones contra el pago de una suma; no se comprobó, sin embargo, que la procesada molestara al público.

La ordenanza municipal no establecía ninguna condición concreta ni imponía a los que ejercieran una profesión o comercio ambulante la obligación de obtener una autorización previa. El defensor de la procesada hizo notar que otro fotógrafo callejero, el Sr. Teboull, había sido autorizado individualmente por el alcalde de Cannes a ejercer su profesión en el lugar mencionado en la ordenanza, a pesar de la prohibición aplicada a la procesada. El Sr. Teboull, procesado por haber vulnerado la ordenanza municipal referida, había sido declarado exento de responsabilidad porque había sido autorizado por el alcalde de Cannes a ejercer su profesión en "La Croisette".

Teniendo en cuenta que una parsona que ejercía la misma profesión había quedado exenta del cumplimiento de la ordenanza en virtud de una autorización especial y que se había beneficiado por ello, sin motivo válido, de ventajas denegadas a otras personas de la misma profesión, el Tribunal de Policía de Cannes decidió que, al conceder una autorización especial que dejaba sin efecto una prohibición general, la autoridad municipal había violado el principio de la igualdad de todos los ciudadanos ante las leyes y los reglamentos, y declaró,

por consiguiente, que la ordenanza era ilegal, careciendo por consiguiente de fuerza coercitiva.

Nota de la redacción:

La sentencia antes resumida completa un fallo dictado por el Consejo de Estado el 22 de junio de 1951 en el asunto Daudignac, Recours 362 (D. 1951, 589 Concl. Gazier, nota J.C.); según el fallo, un alcalde no puede imponer una prohibición de carácter general y absoluto a las personas que ejercen profesiones o comercios ambulantes.

Corte Suprema de los Estados Unidos de América

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN LA ENSEÑANZA

ROGERS ET AL. v. PAUL ET AL.

(382 U.S. 198)

En relación con la igualdad de oportunidades en la enseñanza, la adscripción de los demandantes a un establecimiento de enseñanza secundaria negro según un criterio racial es contraria a la Constitución. Mientras está pendiente la adopción de medidas definitivas destinadas a eliminar la segregación en la enseñanza secundaria, se autoriza a los demandantes a cursar estudios en una escuela secundaria blanca que aplica un programa de estudios más amplio y de la cual habían sido excluidos por consideraciones raciales.

Ante los magistrados Clark, Harlan, White y Fortas.

Fallo dictado el 6 de diciembre de 1965.

En este asunto, en trámite durante varios años, los demandantes, dos estudiantes negros, pedían que se pusiera fin a la segregación de los alumnos y de los profesores en los establecimientos de enseñanza secundaria de Fort Smith, Arkansas.

Los tribunales inferiores se negaron a ordenar a los demandados la transferencia de los demandantes o bien a ordenar que la segregación terminara inmediatamente en las escuelas secundarias. Consideraron además que los demandantes no tenían derecho a reclamar contra la distribución del personal docente según criterios raciales. Después de haber concluido uno de los demandantes sus estudios secundarios antes de la adopción del fallo, y hallándose el otro en el último curso, otros dos jóvenes negros, matriculados en el penúltimo año, pidieron a la Corte Suprema Federal que les reconociera la condición de demandantes en el mismo asunto.

La Corte Suprema aceptó su demanda y decidió lo siguiente:

1. La adscripción de los demandantes a un establecimiento de enseñanza secundaria negro según un criterio racial está prohibida por la Constitución, habida cuenta de que los demandantes no pueden seguir por ello los cursos

que sólo se dan en otro establecimiento reservado a los alumnos blancos. Mientras está pendiente la adopción de medidas destinadas a eliminar la segregación en la enseñanza secundaria de conformidad con un plan de conjunto, los demandantes, así como los que se hallen en condiciones análogas, podrán ser transferidos inmediatamente a la escuela secundaria de la que habían sido excluidos por consideraciones raciales y que aplica un programa de estudios más amplio.

2. En virtud de dos principios jurídicos, de los cuales el primero es de aplicación manifiesta en el asunto presente, los alumnos matriculados en los cursos donde la segregación existe todavía tienen derecho a oponerse a la distribución del personal docente según criterios raciales, porque esta distribución a) les niega de por sí la igualdad de oportunidades en la enseñanza, y b) priva de todo valor a las medidas destinadas a eliminar la segregación de los alumnos, de conformidad con la Constitución, y que son medidas que se aplicarán próximamente.

Corte Suprema del Paquistán Occidental

LIBERTAD DE REUNION Y DE ASOCIACION

NAWABZADA NASRULLAH KHAN v. THE DISTRICT MAGISTRATE, LAHORE AND THE GOVERNMENT OF WEST PAKISTAN

(Pakistan Legal Decisiones 1965 W. P. Lahore, pág. 642)

Los derechos fundamentales de reunión y de asociación están garantizados por la Constitución del Paquistán. El artículo 8 del decreto del Paquistán Occidental sobre el mantenimiento del orden público constituye un exceso de poder incompatible con la Constitución, y carece, por consiguiente, de efectividad en la medida en que faculta al juez para que ordene a funcionarios de la policía a entrar en un lugar donde se celebra una reunión y a tomar nota de los debates. Esta intrusión de la policía atenta gravemente contra un derecho garantizado por la Constitución: el derecho de todo ciudadano a reunirse con otros y a discutir libremente.

Ante la Corte Suprema en pleno.

Fallo dictado el 18 de julio de 1965.

El 19 de enero de 1964 se creó la asociación denominada "Frente Democrático Nacional del Paquistán Occidental". Fundamentalmente, su objetivo era lograr que la Constitución fuera más democrática. La asociación nombró una junta directiva que se reunió el 8 de febrero en Lahore, en Fane Road. Las deliberaciones prosiguieron el día siguiente en la sala núm. 1 de Pipals, donde residía un miembro del Frente. Mientras se celebraba la reunión, se presentaron dos inspectores de policía que exhibieron un mandamiento del juez de distrito de Lahore, que les autorizaba a entrar en el local y a tomar nota de lo manifestado.

Este mandamiento había sido expedido en el ejercicio de los poderes conferidos al juez de distrito por el artículo 8 del decreto del Paquistán Occidental sobre el mantenimiento del orden público, concebido en los términos siguientes:

1. El juez de distrito puede expedir un mandamiento para confiar a uno o varios funcionarios de policía que tengan como mínimo la graduación de cabo, o a cualquier otra persona, la misión de asistir a una reunión pública y presentar un informe sobre la misma.

2. Para la persona responsable de la convocatoria o de la dirección de la reunión, este mandamiento equivaldrá a una orden de aceptar gratuitamente a las personas designadas.

A los efectos del presente artículo, se entenderá por "reunión pública" toda reunión que esté abierta al público o a la que tenga acceso una categoría o grupo de personas, a pesar de que se celebre en un lugar no público y de que el derecho de admisión esté condicionado a la posesión de un billete de entrada o a cualquier otro requisito.

El demandante se opuso a la presencia de los funcionarios de policía porque no se estaba celebrando ninguna reunión pública y porque la reunión era de carácter estrictamente privado; estaba reservada, en efecto, a los miembros del Consejo Ejecutivo Central del Frente. Hecha esta declaración, los funcionarios de policía se ausentaron espontáneamente de la sala.

Se abrió expediente judicial contra los que habían participado en la reunión, por haberse negado a obedecer el mandamiento del juez de distrito. El demandante pidió entonces que se dictara una orden que anulara el mandamiento expedido por el juez de distrito, teniendo especialmente en cuenta el carácter abusivo del artículo 8 del decreto del Paquistán Occidental sobre el mantenimiento del orden público, sobre el cual se basaba el mandamiento, incompatible con los derechos fundamentales de reunión y de asociación garantizados por la Constitución del Paquistán. El demandante afirmó además que el artículo mencionado constituía una violación de las disposiciones de la Constitución, que garantizan a todos los nacionales del Estado la protección de la ley en condiciones de igualdad.

La Corte Suprema, deliberando en pleno, aceptó la petición del demandante y reconoció que tenía carácter abusivo el artículo 8 del decreto, en relación con los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Llegó además a la conclusión de que, en la medida en que se había reservado el derecho de entrar en la sala de reunión, ésta tenía carácter privado.

En un fallo muy detallado, la Corte hizo las observaciones siguientes:

"En virtud del sexto derecho fundamental, todo ciudadano tiene derecho a participar en paz y sin armas en las reuniones, siempre que se cumplan las limitaciones razonables impuestas por la ley en aras del orden público. Desde cierto punto de vista, este derecho tiene la misma naturaleza que el derecho a circular libremente, en virtud del cual, siempre que se cumplan las limitaciones razonables impuestas por la ley en aras del bien común, todo ciudadano puede desplazarse libremente y trasladarse al lugar que le plazca. Tiene también la misma naturaleza que la libertad de palabra y de expresión, garantizada a los ciudadanos paquistaneses. Se desprende de ello que éstos pueden trasladarse y reunirse en un lugar cualquiera y expresarse libremente, siempre que se cumplan las limitaciones razonables impuestas por la ley en aras de la

seguridad del Paquistán, del orden público, etc. En el asunto *U.S. v. Cruikshank* (1876) 92 U.S. 542, la Corte hizo notar que "la mera idea de régimen republicano de gobierno da por supuesto que los ciudadanos tienen derecho a asociarse en paz para adoptar una actitud común en relación con los asuntos públicos y para reclamar, por el procedimiento de la petición, la eliminación de los abusos". Ahora bien, el individuo no tiene en ningún Estado moderno derechos absolutos e ilimitados, como no existe tampoco la libertad absoluta e ilimitada. Los intereses colectivos de la sociedad, la paz y la seguridad del Estado y el mantenimiento del orden público revisten una importancia capital en toda sociedad organizada. Estos derechos fundamentales quedan privados de toda significación cuando el Estado se halla en peligro y pierde cohesión, porque las libertades de los ciudadanos se hallan entonces en peligro. Estas razones de Estado han llevado, pues, a aceptar que se debe mantener cierto equilibrio entre los dos intereses iguales: por un lado, las libertades individuales y los derechos positivos del ciudadano, a los cuales la Constitución atribuye carácter fundamental, y, por otro, la necesidad de imponer la autoridad de la sociedad y señalar limitaciones razonables al disfrute de estos derechos en aras del bien público. En el caso presente, el ejercicio de la libertad de reunión está garantizado al demandante por la Constitución.

Al igual que cualquier ciudadano, el demandante tiene derecho a participar en paz y sin armas en las reuniones. Por lo demás, el ejercicio de este derecho no está exento de las limitaciones impuestas por la Constitución. Está subordinado a "toda limitación razonable impuesta por la ley en aras del orden público". A este respecto, ocurre muy a menudo que la Corte tenga que mantener el equilibrio entre los diversos intereses que se contraponen. Esto es para la Corte una obligación sagrada: le corresponde adoptar una decisión sobre el carácter razonable de las limitaciones impuestas por la ley para restringir el ejercicio de un derecho. Si considera que, al dictar la ley, el poder legislativo ha sobrepasado el límite razonable enunciado por la Constitución, la Corte no vacilará: derogará la ley y declarará que tiene carácter abusivo.

El artículo 8 del decreto, que la Corte ha reproducido *in extenso* más arriba, está concebido con la mayor amplitud posible. Autoriza al juez de distrito a confiar a uno o varios funcionarios de policía, que tengan como mínimo la graduación de cabo, o a cualquier otra persona, la misión de asistir a una reunión pública para hacer un informe sobre la misma. A este respecto, la ley no impone ningún límite ni confirmación de este poder. Sin embargo, se ha afirmado que el artículo 8 del decreto no confería al juez de distrito la facultad de intervenir en los debates de una reunión pública y que, normalmente, sus representantes sólo podían asistir y tomar nota de lo manifestado, y abstenerse de cualquier otro acto.

Se ha afirmado también que una disposición de esta índole no limitaba en absoluto la libertad de los ciudadanos a reunirse como gusten y que, por consiguiente, el artículo 8 no atentaba contra ninguno de los derechos fundamentales. Los argumentos de esta especie carecen totalmente de valor. Cuando se confía a un desconocido, y con mayor razón a un funcionario de policía, la misión de dar cuenta de los debates sostenidos en una reunión, se comete sin ninguna duda un grave atentado contra el ejercicio del derecho de reunión y de libre discusión. En virtud del artículo 8 del decreto, el juez de distrito puede encargar a cualquiera que asista a una reunión y, a este respecto, ninguna disposición de la ley se opone a que se confíe a rivales políticos la misión de asistir a las reuniones de sus adversarios. Ahora bien, el mero hecho

de que la reunión sea objeto de vigilancia, por orden del juez de distrito, basta para disuadir a los ciudadanos que deseaban reunirse para discutir libremente. Muchos son, por lo demás, los que prefieren no asistir a una reunión en estas condiciones. Las atribuciones conferidas al juez de distrito en esta materia tienden a disuadir al público deseoso de asistir a la reunión; es más, a privar a ésta de todo interés. Por lo tanto, estas atribuciones atentan gravemente contra los derechos fundamentales de reunión y de asociación, garantizados por la Constitución."

Tribunal Constitucional del Estado de Hesse República Federal de Alemania

LIBERTAD DE CONCIENCIA

HOFFMANN v. EL ESTADO DE HESSE

P. St. 388 (Neue juristische Wochenschrift, 1966 No. 1/2, pág. 31)

Las libertades de religión y de conciencia están garantizadas por la Constitución de Hesse, según la cual nadie puede ser obligado a participar en una actividad religiosa. Esta libertad comprende tanto el derecho de expresar las creencias propias como el de no expresarlas.

Fallo dictado el 27 de octubre de 1965.

El demandante, un menor de edad que actúa judicialmente por intermedio de sus padres, cursaba estudios en una escuela primaria propiedad del demandado en uno de los Estados de la República Federal de Alemania.

En dicha escuela la jornada se iniciaba con una plegaria. Los no cristianos podían permanecer en la clase sin sumarse a las preces, o bien entrar en la sala terminadas éstas.

El demandante, perteneciente a una familia que no profesa ninguna religión, afirmó que esta práctica era un atentado contra los derechos que le reconocía el Artículo 9 de la Constitución de Hesse, en virtud del cual se protege la libertad de religión y de conciencia, y el artículo 48 (II), en virtud del cual no se puede obligar a nadie a participar en una actividad religiosa.

El fallo del Tribunal enuncia lo siguiente:

1. La libertad de religión y de conciencia, según están protegidas por el artículo 9, comprende el derecho a expresar las creencias propias, pero comprende también el de no expresarlas (libertad negativa de expresión).
2. La práctica de las preces en la escuela obliga en realidad al no cristiano que quiera mantener fielmente sus convicciones a hacerlas públicas con su permanencia fuera de la clase, porque si se limita a guardar silencio mantiene con ello una actitud que es incompatible con la libertad negativa de expresión.

En particular, el Tribunal hizo las observaciones siguientes sobre la libertad de religión y de conciencia: "La libertad de conciencia, derecho fundamental que, por su misma naturaleza, existe antes de la creación del Estado y prevalece sobre el derecho positivo, es uno de los derechos funda-

mentales más antiguos. Figura entre los derechos del hombre que tienen sus raíces en el derecho natural y que el derecho positivo no ha creado, sino que se ha limitado a enunciar. Por libertad de religión se puede entender también la falta de religión o bien, al contrario, la creencia antireligiosa. Por consiguiente, esta libertad abarca, no sólo las religiones, sino también los sistemas filosóficos y, en particular, los sistemas sin religión, así como los antireligiosos, entre ellos el ateísmo, el materialismo, el monismo, el escepticismo y el panteísmo.”

El derecho fundamental a la libertad de religión sólo puede consistir en el derecho a manifestar las creencias propias, es decir, por medio de la libertad de expresión religiosa y filosófica, a la libertad de manifestar lo que se cree o lo que no se cree; esta libertad se enuncia implícitamente en el Artículo 9 de la Constitución del Estado de Hesse, en la medida en que deriva de la libertad de religión y de conciencia.

El derecho a no manifestarse es un derecho absoluto que no puede ser objeto de ninguna excepción. Teniendo en cuenta que no atenta en modo alguno contra los derechos del prójimo, no está ni puede estar sujeto a ninguna limitación. El Estado tiene, por principio, la obligación de abstenerse de toda intervención en la esfera de la libertad religiosa. Está totalmente prohibido realizar el menor intento encaminado a obtener una declaración de fe religiosa o filosófica por medios distintos de los exclusivamente espirituales. Cualquier recurso a un medio coercitivo para obtener esta declaración es ilegal. La libertad de no manifestarse, garantizada por la Constitución, se puede ejercer, no sólo respecto del Estado, sino también respecto del prójimo.

En realidad, por la práctica de la plegaria en la clase, el niño es objeto de una intensa presión a participar en ella, porque, de abstenerse, pone de manifiesto que es distinto de los demás y se expone a ser objeto de discriminaciones.

El derecho del demandante a no manifestar sus creencias sufre menoscabo si queda expuesto a la menor medida coercitiva.

**Comité Judicial del Consejo Privado
(En un recurso contra un fallo del Tribunal
de Apelación de Malta)**

LA LIBERTAD DE DIFUNDIR Y DE DISEMINAR LAS IDEAS

OLIVIER AND ANOTHER v. BUTTIGIEG

En el párrafo 1 del Artículo 14 de la Orden del Consejo de Ministros de Malta (1961), relativa a Constitución, se enuncia la libertad de expresión, la libertad de opinión y la libertad de emitir ideas sin limitaciones. La libertad de emitir ideas comprende en particular la libertad de difundirlas y de diseminarlas.

Ante lord Morris of Borth-y-Gest, lord Pearce y lord Pearson.

Fallo dictado el 19 de abril de 1966.

El párrafo 1 del Artículo 14 de la Orden del Consejo de Ministros de Malta (1961), relativa a la Constitución, está concebido en los términos siguientes:

Salvo por propio consentimiento, nadie será objeto de limitación en el ejercicio de su libertad de expresión, es decir, en su libertad a tener opiniones, escuchar y exponer ideas e informaciones sin injerencias; su correspondencia estará también al margen de toda injerencia.

La *Voice of Malta*, que era una publicación editada por el Partido laborista maltés, estaba dirigido por el demandado. El 26 de mayo de 1961 el arzobispo de Malta, en una pastoral dirigida al clero de la archidiócesis, condenó el periódico y precisó que cometería pecado mortal quien imprimiera, vendiera, comprara, distribuyera, leyera esta publicación o colaborara en ella.

Más tarde, el ministro de Sanidad distribuyó entre los funcionarios del Departamento de Medicina y Sanidad una circular que contenía el siguiente párrafo: "Queda estrictamente prohibido introducir en los hospitales y dependencias del Departamento publicaciones condenadas por la autoridad eclesiástica, así como ostentar insignias de partidos políticos."

El demandante presentó entonces una demanda ante la Sala Primera del Tribunal Civil de Malta contra los demandados, a saber, el ministro de Sanidad y el jefe de los Servicios Médicos del Estado, para solicitar una decisión en virtud de la cual la circular constituía una violación de sus derechos constitucionales. El demandado obtuvo un fallo favorable, y el demandante recurrió ante el Tribunal de Apelación de Malta. Su recurso fue rechazado el 10 de enero de 1964, recurriendo entonces al Comité Judicial del Consejo Privado.

Lord Morris of Borth-y-Gest, que emitió el fallo de este alto órgano, examinó la cuestión de saber si el derecho que el demandado tenía de expresar sus ideas y sus informaciones sin limitación había sido objeto de injerencia, y declaró que la actividad a la que se dedica el director de un periódico con objeto de difundir ideas e informaciones comprende en particular la expresión de estas ideas e informaciones, seguida por su impresión, publicación y difusión.

Si bien la *Voice of Malta* había merecido el disfavor de las autoridades eclesiásticas, no se podía afirmar que la publicación vulnerase ninguna ley. Por consiguiente, estaba permitido y era lícito diseminarla públicamente.

Lord Morris of Borth-y-Gest manifestó además: "El público puede comprarla. En cambio, se ha prohibido oficialmente a los funcionarios del Departamento de Medicina y Sanidad que tengan un ejemplar en su poder mientras se hallen en el desempeño de sus funciones. En este caso, pueden dedicar su tiempo libre a leer otros periódicos, pero no los periódicos condenados."

"Sin duda, es sorprendente que un ministro del Gobierno prohíba a funcionarios del Estado que tengan en su poder un periódico de la oposición mientras se hallen en el desempeño de sus funciones; sin embargo, conviene recordar que esta prohibición no está motivada en el hecho de que los periódicos prohibidos den su apoyo a la oposición, sino en que la autoridad eclesiástica los ha condenado, aunque la pastoral ponía de manifiesto que la condena se debía en parte a la orientación política de los periódicos."

El Comité Judicial del Consejo Privado decidió que la libertad de expresión comprendía, entre otras, la libertad de expresar y de difundir "sin

limitación" ideas e informaciones. Consideró que la rigurosa prohibición impuesta por la circular ministerial había tenido por resultado entorpecer el ejercicio de dicha libertad por el demandado. En efecto, si bien no se había impedido a éste que expresara sus ideas e informaciones, la decisión había entorpecido sus actividades y había tenido por consecuencia inevitable limitar su libertad. Difícilmente podía el Consejo Privado no llegar a la conclusión de que éstos eran los fines y objetivos de la prohibición.

Corte Suprema de los Estados Unidos

LA IGUALDAD ANTE LA LEY

EVANS ET AL. v. NEWTON ET AL.

(382 U.S. 296)

Un terreno confiado en depósito al municipio para servir de parque reservado a la población blanca tiene el carácter público de los parques. Por consiguiente, inclusive en el caso de que la función de depositario sea ejercida por particulares, éstos se convierten en agentes o delegados del Estado y han de ajustarse a lo dispuesto en la 14a Enmienda en materia de igualdad.

El fallo de la Corte fue leído por el magistrado Douglas el 17 de enero de 1966.

Se había confiado en depósito un terreno al alcalde y al Consejo Municipal de Macon, Georgia, para que sirviera de parque reservado a los habitantes blancos; la administración se atribuyó a una junta compuesta de personas de raza blanca. Después de que el Consejo Municipal abrió el parque a las personas de color, los miembros de la junta administradora se dirigieron individualmente al Tribunal del Estado de Georgia para pedir que se retirara el depósito al municipio y se transfiriera el encargo a particulares que aplicarían la segregación racial instituida por el testador. El municipio afirmó que legalmente no podía hacer efectiva la segregación y pidió que se le relevara de su función de depositario después de que ciudadanos de color hubieran intervenido para manifestar que la segregación racial era una violación de la ley federal. El Tribunal de Georgia aceptó la petición de liberar al municipio de sus funciones y nombró tres nuevos depositarios. Los demandantes de color interpusieron recurso, pero la Corte Suprema de Georgia decidió que el testador tenía derecho a legar sus bienes a un grupo limitado de ciudadanos y que las fundaciones benéficas están situadas bajo la autoridad de un tribunal, que juzga según la equidad y que está facultado para nombrar a nuevos depositarios a fin de evitar que el legado se aparte de su finalidad.

Los demandantes de color plantearon luego el asunto ante la Corte Suprema Federal, que adoptó una decisión en los siguientes términos:

1. Cuando particulares o entidades privadas ejercen atribuciones o desempeñan funciones que, por su naturaleza, son atribuciones o funciones de carácter público, se convierten en agentes o delegados del Estado y deben ajustarse a lo dispuesto en la 14a Enmienda.

2. Cuando la gestión y la fiscalización del municipio han sido ejercidas durante muchos años, la mera sustitución del municipio por particulares en el desempeño de las funciones de depositario no basta para transferir al parque del sector público al privado y para quitarle con ello su carácter de espacio público.
3. Lo natural es que un parque esté al servicio de la colectividad. En el caso presente, el parque se rige por las disposiciones de la 14a Enmienda, que enuncian la igualdad de todos ante la ley.

Tribunal Federal de Malasia

LA IGUALDAD ANTE LA LEY

KHAU KAI-BOH v. STRAITS ECHO PRESS AND ANOTHER

(K.L. - Civil Suit No. 1430 de 1965)

Entre los derechos fundamentales y los derechos cívicos está el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley. Toda persona, sea cual fuere su condición, tiene derecho a confiar en la administración de una justicia igual para todos, por obra de jueces independientes que actúan bajo el imperio de la ley. Se definen en el asunto las responsabilidades de una prensa libre en una sociedad democrática.

Ante el magistrado federal Ong Hock Thye.

Fallo dictado el 9 de febrero de 1966.

Los demandados habían publicado en su periódico una declaración que, según el demandante, tenía carácter difamatorio. Al día siguiente, los demandados hicieron públicas sus excusas y designaron a su abogado, pero no hicieron nada para justificarse o defenderse. La Corte ordenó entonces el cese de toda acción y consignó en su fallo las observaciones siguientes:

“Los demandados han publicado sus excusas un día después del día en que apareció en su periódico la declaración que motivo la queja. Aparte la designación de abogado, acto legalmente obligatorio, no han hecho nada para justificar o defender lo que en realidad no se puede defender. Una prensa libre que opera en el seno de una sociedad democrática tiene ciertas obligaciones. La conducta de los demandados muestra a todas luces que tienen conciencia de ellas. Los debates sostenidos hoy señalan el término de un procedimiento de honrosa justificación, y tengo el deber de expresar mi satisfacción a los demandados por haberse comportado de modo justo y conveniente.

“Del presente asunto se desprende una conclusión: sea la que fuere su condición, todo ciudadano tiene derecho a confiar en la administración de una justicia igual para todos en condiciones de perfecta igualdad, por obra de jueces independientes que actúan bajo el imperio de la ley. Todo ciudadano, del más humilde al más eminente, tiene derecho a confiar en que los tribunales

depararán igual protección a sus libertades fundamentales y a sus derechos cívicos. Estos son sus derechos, pero nada más puede esperar de ellos. En el caso presente el demandante es un miembro del Gobierno, que ha manifestado su confianza en el poder judicial al buscar en el procedimiento ordinario de un tribunal resarcirse del agravio que motiva su reclamación. Decreto ahora que cese toda acción judicial.”

Corte Suprema de los Estados Unidos de América

LA IGUALDAD ANTE LA LEY

ROGERS v. PAUL

(Véase el asunto siguiente)

Corte Suprema de los Estados Unidos de América

**EL DERECHO A NO DAR A CONOCER LAS OPINIONES
POLITICAS O LAS RELACIONES PERSONALES**

DE GREGORY v. ATTORNEY GENERAL OF NEW HAMPSHIRE

(383 U.S., pág. 825)

La protección del derecho a no dar a conocer las opiniones políticas o las relaciones personales está garantizado por la Primera Enmienda. En ausencia de una imperiosa razón de Estado, este derecho no puede ser objeto de la menor limitación. Es incompatible con la Constitución imponer a una persona la obligación de dar a conocer sus opiniones políticas y sus relaciones personales en una encuesta que, por lo demás, reviste un interés histórico y no actual.

La opinión de la Corte fue formulada por el magistrado Sr. Douglas y leída por el magistrado Sr. Brennan.

Fallo dictado el 4 de abril de 1966.

El demandado, el fiscal general de New Hampshire, realizó una encuesta de conformidad con una ley que le autorizaba a efectuar investigaciones cuando hubiera recibido informaciones fehacientes sobre actividades “subversivas” encaminadas a cambiar por la fuerza el régimen constitucional del Estado de New Hampshire. El demandante, que había sido interrogado por el demandado, declaró en respuesta a preguntas relativas al periodo posterior a 1957 que no se dedicaba a ninguna actividad subversiva y que no tenía conocimiento de ninguna actividad de este género. Sin hacer valer su derecho a negarse a cualquier declaración que pudiera comprometerle penalmente, se negó a responder a preguntas sobre periodos anteriores, preguntas que el demandado le hacía sobre la base de un informe de 1955, según el cual había pertenecido

al Partido comunista hasta una fecha anterior a los diez años precedentes a la encuesta. El tribunal de primera instancia decidió que el demandante era culpable de desacato a la autoridad porque se había negado a responder a estas preguntas, y la Corte Suprema del Estado confirmó este fallo. La Corte Suprema Federal llegó a la conclusión de que el carácter anticuado de los motivos de la encuesta, así como la propia naturaleza de las preguntas planteadas, que revestían un interés histórico y no actual, no justificaban en absoluto que el demandante diera a conocer, por la coerción, sus antecedentes políticos y sus antiguas relaciones personales. La Primera Enmienda protege el derecho del ciudadano a no dar a conocer sus opiniones políticas ni sus relaciones, y no se puede aceptar ninguna limitación de este derecho, salvo por razones de Estados de carácter imperioso.

La Corte llegó además a la conclusión de que nada permitía considerar que existía un movimiento comunista en New Hampshire o bien que se hicieran en él preparativos sediciosos; por consiguiente, no existía ninguna relación entre el demandante y las actividades subversivas que hubieren podido desarrollarse.

Corte Suprema de las Filipinas

DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS

HERNANDEZ v. VILLEGAS

(G.R. núm. L-17287)

Se dispone en la Constitución de las Filipinas que ningún funcionario o agente del Estado puede ser destituido o suspendido, salvo por motivo legítimo. Esta disposición no puede ser objeto de ninguna excepción.

Fallo dictado el 30 de junio de 1965.

El Sr. Villegas, jurista de formación, en el que concurrían las condiciones necesarias para ser nombrado funcionario público, fue designado en noviembre de 1955 director de Seguridad en el Servicio de Aduanas. En 1956 fue enviado a los Estados Unidos para estudiar procedimientos de aplicación de las leyes y reglamentos aduaneros. A su regreso, en junio de 1957, fue adscrito temporalmente al Servicio del Arrastre y el Sr. Keefe fue designado para el puesto de director de Seguridad. Mientras ocupó su cargo temporal en el Servicio del Arrastre, siguió percibiendo la remuneración fijada para su función anterior. En enero de 1958 el secretario de Estado Hernández propuso al presidente de la República que designara, con carácter permanente, a Villegas para las funciones de director del Arrastre y puso de relieve que esta designación suponía un cambio de denominación y de categoría, porque el cargo de director de Seguridad era, por su naturaleza, confidencial; en cambio, el de director del Arrastre es un cargo ordinario de la administración pública. Al mismo tiempo, el secretario de Estado Hernández propuso el nombramiento de Keefe como director de Seguridad. El 14 de enero de 1958 se notificó al Sr. Hernández que sus propuestas habían sido aceptadas. Sin embargo, Villegas

no tuvo noticia de ellas antes del 28 de febrero. El 3 de marzo de 1958 comunicó oficialmente al comisario Caparas que se hacía nuevamente cargo de las funciones correspondientes a su antiguo puesto y se dirigió también, por escrito, al auditor general, el secretario de Estado Hernández, al comisario Caparas, al comisario del Presupuesto y al comisario de Administración Pública para pedirles que expresaran su desaprobación del nombramiento de Keefe. No habiendo conseguido ningún resultado con estas gestiones, presentó judicialmente una acción de *quo warranto*.¹ El tribunal dictó fallo a su favor y le autorizó también a reclamar los sueldos atrasados. Este fallo fue confirmado luego por el Tribunal de Apelación. El Sr. Hernández recurrió después ante la Corte Suprema de las Filipinas para pedirle que anulara el fallo del Tribunal de Apelación.

La Corte Suprema, que confirmó el fallo del Tribunal de Apelación, declaró que no había motivos para creer que Villegas había perdido la confianza de que había disfrutado antes, y que tenía derecho a conservar su puesto de director de Seguridad, puesto de carácter confidencial, mientras conservara la confianza depositada en él. Por consiguiente, ninguna razón justificaba su transferencia a otro cargo y podía legalmente asumir de nuevo las funciones y responsabilidades de su cargo anterior y reclamar los sueldos atrasados. La Corte hizo notar además que la disposición de la Constitución según la cual "ningún funcionario o agente del Estado puede ser destituido o suspendido, salvo por motivo legítimo" no puede ser objeto de ninguna excepción.

Corte Suprema de Irlanda

EL DERECHO DE RECURSO A LOS TRIBUNALES

MACAULEY v. THE MINISTER FOR POSTS AND TELEGRAPHS

(1964 núm. 400 P)

La Constitución irlandesa garantiza el ejercicio de los derechos personales de los ciudadanos. Quedan comprendidos entre estos derechos todos los derechos personales que derivan de la naturaleza cristiana y democrática del Estado. Comprenden en particular el derecho de recurso a los tribunales, derecho que no puede experimentar ninguna limitación. Por consiguiente, la ley de 1924 reguladora de las funciones de los ministros y de los secretarios de Estado es incompatible con la Constitución en la medida en que requiere el consentimiento previo del fiscal general para que se puede entablar una acción judicial contra un miembro del Gobierno.

Ante el magistrado Kenny.

Fallo dictado el 14 de febrero de 1966.

¹ Orden de presentar el texto en virtud del cual el interesado desempeña una función.

El párrafo 3 del Artículo 40 de la Constitución irlandesa está concebido en los términos siguientes:

1. Las leyes del Estado garantizan el respeto de los derechos personales del ciudadano. El Estado se compromete a defender y afirmar, en todo lo posible, estos derechos por medio de las leyes.
2. El Estado protegerá al ciudadano en todo lo posible y, en particular por medio de las leyes contra toda agresión injustificada. Cuando un ciudadano haya sido víctima de una injusticia, el Estado defenderá su vida, su persona, su reputación y sus derechos materiales.

Todo el mundo reconce que esta garantía se aplica a todas las leyes aprobadas por el *Oireachtas* (Parlamento irlandés) desde la fundación del Estado en 1922.

Según el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley de 1924 reguladora de las funciones de los ministros y de los secretarios de Estado, un ministro o el jefe de un departamento ministerial:

“puede ejercer una acción judicial y (siempre que en cada caso haya dado el fiscal general su consentimiento previo) puede ser objeto de una acción judicial en calidad de ministro o de jefe de un departamento ministerial.”

En el presente asunto, el demandante, Macauley, había citado judicialmente al ministro de Correos y Telégrafos y había solicitado una decisión en virtud de la cual el ministro tendría la obligación de prestarle un servicio telefónico conveniente, razonablemente eficaz y de buen rendimiento, de conformidad con las condiciones del contrato de abono por él concertado. El demandado pretendía que la queja no era admisible, porque el demandante no había obtenido previamente el consentimiento del fiscal general, requerido en virtud del párrafo 1 del artículo 2 de la Ley reguladora de las funciones de los ministros y de los secretarios de Estado.

El abogado del demandante puso de relieve que, subordinar a un consentimiento previo la presentación de una queja contra un miembro del Gobierno equivalía a denegar a un ciudadano el ejercicio de su derecho de recurso a los tribunales o, por lo menos, a entorpecer sin motivo el ejercicio de este derecho. Recordó que en el preámbulo de la Constitución irlandesa el pueblo irlandés expresa el deseo de “obrar por el bien común dentro del respeto debido a la justicia, a la prudencia y a la caridad, de modo que se garantice la dignidad y la libertad de cada ciudadano.”

En su fallo, la Corte hizo las observaciones siguientes sobre la cuestión del consentimiento previo del fiscal general: “He dicho ya que el fiscal general puede dar o denegar, a su arbitrio y sea cual fuere el motivo, su consentimiento para la presentación de una queja contra un miembro del Gobierno, y si decide denegarlo, no se puede poner su decisión en tela de juicio. Por consiguiente, puede ocurrir que el fiscal niegue su consentimiento para el entablamiento de un proceso cuyo resultado sería normalmente favorable al demandante. El consentimiento previo es indispensable y, por ello, es imposible citar a un miembro del Gobierno ante un tribunal si se niega su concesión; ahora bien, el fiscal general no tiene atribuciones para pedir a los tribunales que desechen una acción dirigida contra un miembro del Gobierno. Por su misma naturaleza, es ésta la atribución, que el fiscal general puede ejercer a su entera discreción, para conceder o denegar el derecho a comparecer ante

los tribunales a fin de afirmar o reivindicar un título.”

Después de hacer estas observaciones, la Corte examinó si este derecho del ciudadano a comparecer ante los tribunales a fin de afirmar o reivindicar un derecho reconocido por la ley es uno de los derechos personales mencionados en el apartado 1) del párrafo 3 del Artículo 40 de la Constitución. La Corte consideró que la garantía brindada por el Artículo 40 no se limita a los derechos enumerados en la Constitución, sino que abarca, por el contrario, otros derechos personales del ciudadano, dimanantes de la propia naturaleza del Estado, que es cristiano y democrático. Muchos son los derechos personales de este género, de los que no se hace siquiera mención en el Artículo 40, entre ellos el derecho a circular libremente por el territorio del Estado y el derecho a contraer matrimonio, o bien se debe considerar que están cubiertos por esta garantía. El hecho de que en el apartado 2 del párrafo 3 del Artículo 40 se diga “en particular” indica claramente que la enumeración de los derechos personales contemplados en el apartado 1 del párrafo 3 no es limitativa. El derecho a comparecer ante la Corte Suprema para defender y afirmar un derecho garantizado por la ley debe ser considerado como uno de los derechos personales del ciudadano a los que se aplica la protección general del párrafo 3 del Artículo 40. Todo acto destinado a ponerlo al margen de esta protección es ilegal y nulo.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Corte decidió que el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley de 1924 reguladora de las funciones de los ministros y de los secretarios de Estado era incompatible con la Constitución en la medida en que requería el consentimiento previo del fiscal general antes de que se pudiera entablar una acción en la Corte Suprema contra un miembro del Gobierno.

Corte Suprema de los Estados Unidos de América

EL DERECHO DE SUFRAGIO

HARPER v. VIRGINIA BOARD OF ELECTIONS

(383 U.S., pág. 663)

Una ley del Estado de Virginia subordina el ejercicio del sufragio al pago de un impuesto electoral. Esta ley carece de efecto porque es incompatible con la disposición de la 14a Enmienda que garantiza la igualdad de protección a los ciudadanos. Los criterios determinantes del derecho de sufragio no se deben establecer de modo que causen una discriminación inicua. El pago de los impuestos o la fortuna, al igual que la raza, las creencias religiosas o el color de la piel no tienen ninguna relación con la aptitud del ciudadano para participar con discernimiento en las elecciones. Toda clasificación que atente contra los derechos y las libertades fundamentales, entre ellos el sufragio, debe ser objeto de un examen minucioso.

Fallo dictado el 24 de marzo de 1966 y leído por el magistrado Sr. Douglas.

Los demandantes, residentes en el Estado de Virginia, comparecieron ante el Tribunal del distrito occidental del Estado de Virginia para pedir a esta autoridad que declarase que el impuesto electoral instituido en Virginia era inconstitucional, porque era incompatible con la disposición de la 14a Enmienda que garantiza la igualdad ante la ley, al dar a la riqueza del elector o al pago de un impuesto el carácter de criterio electoral. El tribunal de distrito desechó la demanda y los demandantes recurrieron a la Corte Suprema Federal. Esta dictó un fallo a su favor y recordó que subordinar el ejercicio del sufragio al pago de un impuesto o gravamen constituía una violación de lo dispuesto en la 14a Enmienda.

Las conclusiones de la Corte Suprema Federal se pueden resumir del modo siguiente:

1. Concedido el derecho de sufragio al cuerpo electoral, los criterios para determinar quiénes podrán participar en la votación no se pueden establecer de suerte que se cause una discriminación inicua. Tradicionalmente, son objeto de censura los criterios basados en la riqueza, en la posesión de bienes y en la raza.
2. El pago de impuestos o la riqueza personal, como la raza, las creencias religiosas y el color de la piel, no guardan relación con la aptitud del ciudadano para participar con discernimiento en la votación.
3. En la inscripción de los electores en las listas electorales, el interés del Estado se circunscribe a la fijación de normas que guardan una relación directa con los requisitos exigidos de todo ciudadano invitado a votar.
4. Toda clasificación que pueda atentar contra los derechos y las libertades fundamentales, entre ellos el derecho de sufragio, debe ser objeto de un examen minucioso.

Corte Suprema Federal de Malasia

LOS TRIBUNALES TIENEN LA OBLIGACION DE MOTIVAR SUS FALLOS

HASHIM AND ANOTHER v. PUBLIC PROSECUTOR

(1966 1 Malaysian Law Journal, pág. 229)

Los recurrentes habían sido declarados culpables de infracciones a la Ley de 1961 para la prevención del cohecho. En la parte expositiva de su sentencia, el presidente del tribunal de primera instancia se había limitado a manifestar que la versión dada por los recurrentes no había permitido poner en duda los argumentos del ministerio público y que estaba absolutamente persuadido de su culpabilidad. No se expusieron conclusiones sobre el fondo del asunto; la sentencia fue anulada por motivación insuficiente.

Ante el magistrado federal Sr. Ong Hock Thye.

Fallo dictado el 5 de enero de 1966.

En esta causa, los demandantes habían sido procesados ante el tribunal penal de Selangor. En la parte expositiva del fallo, el presidente del tribunal no había expuesto ningún motivo en el cual basara su convicción y se había limitado a declarar que la versión facilitada por los demandantes "no había permitido en absoluto poner en duda los argumentos del ministerio público" y que estaba totalmente persuadido de que existía entre los dos acusados un pacto subversivo contra el Gobierno de la Federación.

Los demandantes recurrieron contra los fallos dictados a su respecto. Obtuvieron una sentencia favorable, las sentencias y las condenas fueron anuladas y se ordenó la celebración de un nuevo proceso.

Al emitir su fallo, el magistrado Sr. Ong Hock Thye hizo notar lo siguiente: "El presidente del tribunal no ha llegado a la conclusión, en relación con cualquiera de los dos recurrentes, de que éstos sabían o habrían debido saber que jamás se había efectuado la labor. No basta que el presidente declare, en términos generales, que, a su juicio, eran culpables."

En su fallo, el magistrado Sr. Ong Hock Thye hizo referencia a dos decisiones anteriores de la Corte Suprema, en las que se subrayaba la importancia de motivar los fallos de hecho y de derecho, así como la obligación que tiene el juez de exponer sus conclusiones sobre el fondo del asunto.

En el primero de estos fallos,¹ el magistrado Sr. Ismail Khan dijo lo siguiente:

De conformidad con la ley y en virtud del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, el tribunal de primera instancia tiene la obligación de comunicar al tribunal de apelación los motivos de su fallo, debe comunicarme los elementos de un juicio fundado en consideraciones de hecho y de derecho, y no meramente la conclusión a que ha llegado el juez. Es innecesario poner de relieve las ventajas de un fallo "elocuentemente motivado.

El otro fallo² había sido dictado por el propio Sr. Ong Hock Thye y contenía, en particular, las observaciones siguientes:

No considero que la mera afirmación de la convicción de un magistrado baste para constituir la motivación precisa de un fallo. Para dictar un fallo no es suficiente decir como el poeta Shelley: "No puedo discutir; sólo puedo sentir una impresión". Salvo en las causas más sencillas, en las que los hechos bastan para poner de manifiesto todos los elementos de una infracción, el magistrado tiene la obligación de exponer como mínimo las conclusiones a que haya llegado sobre ellos.

Corte Suprema de Malasia

INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

KHAW KAI-BOH v. STRAITS ECHO PRESS AND ANOTHER

(Véase la pág. 9, más arriba.)

¹ *Balasingham v. Public Prosecutor* (1959) M.L.J., págs. 193 y 194.

² *Augustine v. Public Prosecutor* (1964) M.L.J. 7.

Corte Suprema de la India

**LA LIBERTAD DE LA PRENSA A PUBLICAR
CRONICAS JUDICIALES****IN RE MIRAJKAR AND OTHERS**

La publicidad de los debates judiciales y la libertad de publicar crónicas sobre los mismos son indispensables para una recta administración de justicia: tienen para la justicia una importancia fundamental. Ahora bien, en el caso de excepciones muy escasas y definidas con mucho rigor, el tribunal puede decidir que el público no tenga conocimiento de un proceso, si está persuadido de que éste es el único medio existente para administrar justicia. Sin embargo, los tribunales no tienen, en ningún caso, la atribución de prohibir la publicación de crónicas sobre los debates después de la terminación del proceso.

Ante la Sala Especial de la Corte Suprema. Fallo dictado por el presidente Sr. Gajendragadkar y por los magistrados Sres. Carkar, Wanchoo, Shah, Makholkar, Bachawat, Sikri y Ramaswami. El magistrado Sr. Hidayatullah emitió una opinión disidente.

Fallo dictado el 11 de marzo de 1966.

Comparecieron ante la Sala Especial de la Corte Suprema, compuesta de nueve magistrados, el Sr. Mirajkar, redactor del periódico "Blitz", y otros tres periodistas, al amparo del Artículo 32 de la Constitución. Los demandantes se oponían a la orden verbal dictada por el magistrado Sr. Tarkunde, magistrado del Tribunal de Apelación de Bombay, en virtud de la cual se prohibía la publicación de la declaración del testigo Bhaichand Goda en el asunto por difamación Blitz-Thackersey. La Sala Especial dictó un fallo que confirmó el mandamiento del Tribunal de Apelación de Bombay. En este asunto, la Sala Especial se ha referido, en cinco decisiones distintas, a importantes problemas relacionados con la libertad de prensa.

A juicio de la mayoría de los magistrados, la publicidad de los debates judiciales y la libertad de publicar crónicas sobre los mismos son un elemento esencial de una recta administración de justicia y tienen una importancia fundamental. Ahora bien, en el caso de excepciones muy escasas y definidas con mucho rigor, el Tribunal de Apelación puede decidir que el público no tenga conocimiento de un proceso, en todo o en parte, si considera que éste es el único medio para administrar justicia y si los fines de la administración de justicia no se pueden conseguir de otro modo. Sin embargo, los tribunales no tienen atribuciones para prohibir la publicación de crónicas sobre los debates después de la terminación del proceso.

En su opinión disidente, el Sr. Hidayatullah manifestó la opinión de que, con su mandamiento, la Corte Suprema de Bombay vulneró los derechos fundamentales y la libertad de expresión de los demandantes, y de que la Corte Suprema tenía, no sólo el deber moral, sino también la obligación legal

de facilitar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Corte Suprema de Malasia

**RESPONSABILIDADES DE LA PRENSA EN
UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA**

KHAW KAL-BOH v. STRAITS ECHO PRESS AND ANOTHER

(Véase la pág. 332, más arriba.)

Corte Suprema de Israel

**ELEMENTOS QUE SE HAN DE TENER PRESENTES
AL DICTAR SENTENCIA**

NISSIM OZER Y NISSIM LEV v. EL FISCAL GENERAL

(Crónica en: 19 Piskei Din IV, pág. 31)

Los demandantes, que habían sido declarados culpables, habían sido condenados a diversas penas de privación de libertad. Cuando el tribunal dictó sentencia, no se señaló a su atención el hecho de que los reos habían permanecido en prisión preventiva durante varias semanas antes de la emisión del fallo. Se pidió al tribunal que modificara la sentencia teniendo en cuenta el periodo de prisión preventiva. El tribunal carece de atribuciones para modificar una sentencia, pero es conveniente en principio que los tribunales tengan siempre en cuenta la duración de la prisión preventiva al emitir sus fallos. El legislador debería estudiar la posibilidad de modificar la ley para hacer efectivo este principio.

El fallo de la Corte fue leído el 30 de noviembre de 1965 por su presidente, Sr. Agranat.

Los demandantes, que habían sido declarados culpables, habían sido condenados a diversas penas de privación de libertad. Cuando el tribunal de apelación emitió su veredicto, no se señaló a su atención que los demandantes habían permanecido en prisión durante varias semanas antes de ser condenados por el tribunal de primera instancia.

Algún tiempo después, cuando los demandantes cumplían su condena, presentaron al tribunal de apelación peticiones para solicitar que fueran abonados los periodos de prisión preventiva y fuera deducida su duración de la de las penas de reclusión dictadas.

En el artículo 12 de la Ley de 1954 por la que se revisa el Código Penal (Disposiciones relativas a las penas) se establece lo siguiente:

En caso de condena a una pena de privación de libertad, la duración de la reclusión se contará a partir de la fecha de la sentencia, salvo si el tribunal decide otra cosa.

En general, los tribunales de Israel tienen en cuenta si el reo ha permanecido en prisión preventiva antes de la fecha de la sentencia y, normalmente, deducen el periodo de prisión preventiva de la duración de la pena. Este hecho es mencionado en general por el tribunal, y debe serlo, en el momento en que dicta el fallo, siempre que haya sido informado, desde luego, de que el reo ha permanecido efectivamente en prisión preventiva.

La cuestión planteada en el caso presente era la de saber si el tribunal tenía competencia para ordenar que modificara la pena a petición de los reos. ¿Tenía esta atribución dentro de su propia competencia? Esta cuestión fue resuelta negativamente y las peticiones fueron rechazadas.

Al pronunciar el fallo de la Corte Suprema, su presidente, el Sr. Agranat, manifestó lo siguiente: "Tenemos planteada una causa penal. Si no reconocemos a la Corte Suprema la competencia necesaria para rectificar un error de esta índole después de haber dictado su fallo, considero que llegaremos a privar al reo de su libertad durante un periodo suplementario y le causaremos sufrimientos adicionales injustificables. Ahora bien, esto no resta en absoluto sentido o validez a la norma según la cual la competencia propia de la Corte no comprende la facultad de modificar el contenido de una decisión anterior, es decir, imponer una pena distinta de la que la Corte tenía el propósito de aplicar en el momento de emitir el fallo."

El magistrado Sr. Cohn, que expresó una opinión idéntica, agregó lo siguiente: "A mi juicio, el poder legislativo podría decidir que ha llegado el momento de reflexionar sobre esta cuestión y de introducir en la ley las modificaciones que considere necesarias para que los tribunales estén en condiciones de administrar justicia con la mayor prontitud y rectitud posibles."

Corte Suprema de la India

LIBERTAD DE ACCESO A LOS PROCESOS Y PUBLICIDAD DE ESTOS

IN RE MIRAJKAR AND OTHERS

(Véase la pág. 340, más arriba.)

Corte Suprema de la India

DERECHO A SER DEFENDIDO POR ABOGADO

IN RE THE MADHYA BHARAT PANCHAYAT ACT, 1949

(Criminal App. núm. 20 de 1965)

En virtud del artículo 63 de la Ley de 1949 sobre el Madhya Bharat Panchayat, no se acepta que un abogado preste asistencia a una parte en un asunto planteado

ante un Panchayat.³ Esta disposición es nula en la medida en que es incompatible con el párrafo 1 del Artículo 22 de la Constitución india, que garantiza al acusado el derecho a designar al defensor de su elección.

En virtud del artículo 63 de la Ley sobre el Madhya Bharat Panchayat, los abogados no pueden representar a las partes en los asuntos planteados ante los Nyaya Panchayat, o bien tener a su cargo la defensa en causa criminal.

Se ha impugnado la validez de este artículo ante la Corte Suprema por considerarlo incompatible con el párrafo 1 del Artículo 22 de la Constitución india, según el cual:

“Ningún detenido podrá ser mantenido en prisión si no se le comunican inmediatamente los motivos de su detención; no podrá denegársele el derecho a consultar a un abogado de su elección o a confiarle su defensa.”

La Corte Suprema ha precisado que dicho artículo 63 es incompatible con el párrafo 1 del Artículo 22 de la Constitución, y que carece de efecto en la medida en que niega a un detenido el derecho a ser defendido por un abogado libremente designado en todo procedimiento en que se juzgue el delito que ha motivado su detención.

Además, la Corte Suprema hizo las observaciones siguientes:

“La mayor parte de los medios de defensa mencionados en los párrafos 1 y 2 del Artículo 22 se citan también en el Código de Procedimiento Penal. Ahora bien, la Constitución hace referencia a un elemento fundamental al disponer que los derechos garantizados por los párrafos 1 y 2 de su Artículo 22 no están al arbitrio del poder legislativo. Este no puede aprobar una ley que sea incompatible con la Constitución. Por consiguiente, han quedado derogadas las disposiciones de una ley anterior a la Constitución que sean incompatibles con su artículo 22.”

Corte Suprema de los Estados Unidos de América

DERECHO A SER JUZGADO CON ARREGLO A JUSTICIA

PATE v. ROBINSON

(383 U.S. pág. 375)

Los elementos de juicio presentados en la audiencia permiten justificadamente poner en duda la posibilidad de juzgar al acusado con arreglo a derecho. Su abogado ha afirmado que no gozaba de todas sus facultades. No se ha practicado ninguna prueba sobre el estado

³ Los “Nyaya Panchayat” son los tribunales de aldea, integrados por habitantes de la localidad, elegidos por lo general por los vecinos. Esta jurisdicción entiende en los asuntos de pequeña importancia, en lo civil y en lo penal, que se plantean dentro del término municipal.

de su capacidad mental en relación con el proceso. Sin embargo, el tribunal tenía la obligación de investigar este aspecto de la cuestión. No haciéndolo así, ha privado al acusado del derecho al debido procedimiento jurídico, garantizado por la 14a Enmienda.

Fallo leído el 7 de marzo de 1966 por el magistrado Sr. Clark; los magistrados Harlan y Black emitieron opiniones disidentes.

En 1959 el acusado fue declarado culpable de haber asesinado a su amante y fue condenado a la reclusión perpetua. Quedó establecido en el debate judicial que había disparado un tiro mortal contra su amante, pero su abogado afirmó que en el momento del asesinato no estaba en posesión de sus facultades mentales y que, por consiguiente, no podía ser juzgado. Se reconoció sin oposición que el acusado había sufrido durante largo tiempo de perturbaciones mentales, que había sido internado en un asilo para psicópatas y que había cometido diversos actos de violencia, entre ellos el asesinato de un hijo de pequeña edad y una tentativa de suicidio. Cuatro testigos convocados por la defensa afirmaron que el acusado no gozaba plenamente de sus facultades. El tribunal de primera instancia se negó a aceptar que la declaración de un médico sobre la edad mental satisfactoria del acusado fuera objeto de refutación: consideró suficiente la declaración de un médico en el sentido de que, cuando el acusado había sido examinado algunos meses antes, había comprendido la naturaleza de los cargos formulados y se había manifestado dispuesto a cooperar con su abogado. La negativa del tribunal de primera instancia a aceptar una opinión divergente sobre el estado mental del acusado fue calificada, en la instancia de apelación, de privación del debido procedimiento legal definido en la 14a Enmienda. La Corte Suprema del Estado confirmó la condena, basándose en que nadie había pedido que se investigara judicialmente la capacidad mental del acusado para ser juzgado, y en que el tribunal de primera instancia no podía hallar en los elementos de juicio recogidos motivo suficiente para investigar por iniciativa propia el estado mental del acusado o para suscitar una "duda razonable" sobre su estado mental en el momento del asesinato.

La Corte Suprema Federal anuló el fallo de la Corte Suprema del Estado y devolvió la causa a un tribunal de distrito; invitó a éste a realizar una investigación judicial del estado mental del acusado en el momento del asesinato, así como de la cuestión de saber si la capacidad del acusado para ser juzgado debía ser objeto de un debate en virtud de la ley. La Corte Suprema llegó a las conclusiones siguientes:

1. Las pruebas permiten poner legítimamente en duda la capacidad del acusado para ser juzgado, hasta el punto de no haberse beneficiado del debido procedimiento jurídico, definido en la 14a Enmienda, a causa de la negativa del tribunal de primera instancia a investigar judicialmente si estaba en su juicio.
2. La condena de un procesado jurídicamente incapaz es una violación del derecho al debido procedimiento jurídico.
3. Las actas de los debates ponen de manifiesto que el procesado no descartó el medio de defensa constituido por la incapacidad de ser juzgado.
4. Considerando que las pruebas recogidas han permitido poner en duda la capacidad del acusado, el tribunal debía constituir un jurado e investigar el

estado mental del acusado, cuyo comportamiento ante el tribunal, así como el dictamen médico pedido por el tribunal, no bastaban para justificar la convicción de los jueces.

5. Considerando cuán difícil era adoptar retroactivamente una decisión sobre la capacidad de un procesado para ser juzgado (en particular, como ocurre en el caso presente, cuando el periodo transcurrido es superior a seis años), no bastará dedicar una audiencia a este asunto; por consiguiente, el acusado debe ser liberado, a menos que el Estado le juzgue de nuevo dentro de un plazo razonable.

Corte Suprema de Chipre

**DERECHO A SER JUZGADO SEGUN UN PROCEDIMIENTO
EN REGLA Y DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE**

NICOLA v. CHRISTOFI AND ANOTHER

(1965 - 9 Judgments of the Supreme Court of Cyprus, págs, 1048 a 1065, 1064 y 1965 - Civil Appeal No. 4.500)

En el párrafo 2 del Artículo 30 de la Constitución chipriota se reconoce a todos los ciudadanos el derecho a ser juzgado según un procedimiento en regla y dentro de un plazo razonable. El hecho de ser juzgado en diversas fases aumenta los gastos judiciales. Este hecho, así como la demora en el pronunciamiento de la sentencia, son censurables. Convendría evitar los aplazamientos en lo posible, salvo en circunstancias excepcionales. El proceso iniciado debe proseguir sin interrupción, siempre que ello sea posible, hasta su término.

Ante los consejeros Vassiliades, Munir y Josephides.

Fallo dictado el 30 de septiembre de 1965.

Se examina aquí un recurso interpuesto en lo civil contra una sentencia del tribunal de distrito de Nicosia. El asunto es interesante por las observaciones hechas por la Corte Suprema sobre las maniobras dilatorias y las demoras de procedimiento. No será necesario referirse a los hechos del asunto, que en realidad era muy sencillo; lo que interesa es el giro seguido por los debates.

El 2 de abril de 1963 las actuaciones se iniciaron a mediodía y prosiguieron hasta las 17. Fueron suspendidas luego y aplazadas hasta el 18 de abril de 1963, pero a las 11.20 de ese día el juez de primera instancia manifestó que se hallaba indispuerto y aplazó el asunto, que sólo había sido tramitado parcialmente, hasta después de las vacaciones judiciales, es decir, hasta seis meses y medio después el 4 de noviembre de 1963. Las actuaciones se reanudaron ese día a las 15 y prosiguieron durante dos horas cuarenta minutos. Prosiguieron el 11 de noviembre de 1963, a las 14.50, para una última sesión. Las actas mecanográficas de los debates ocupan en total trece páginas, con renglones separados por espacio y medio.

Al determinar los gastos que se debían abonar en este asunto, el juez de primera instancia hizo la declaración siguiente: "En lo que se refiere a los gastos que han de compartir el demandante y los demandados, veo que su cuantía es muy elevada y que se han acrecentado porque el asunto ha sido examinado en sesiones espaciadas a causa de la labor agobiante que pesa sobre este tribunal . . ." Es extremadamente lamentable que el juez de primera instancia reconozca que la vista por fases de un asunto acrecienta los gastos judiciales. En un fallo dictado por la Corte Suprema algún tiempo antes de que el juez de primera instancia conociera de este asunto, la Corte había censurado la vista por fases así como las demoras ocurridas en el pronunciamiento de las sentencias por los tribunales de primera instancia. Además, había expresado la opinión de que convenía evitar siempre, en lo posible, los aplazamientos, salvo en circunstancias excepcionales y que, una vez iniciado un proceso, convenía que éste prosiguiera sin interrupción, siempre que ello fuera posible, hasta su término (*Tsiartas and another v. Yiapana*, Civil Appeal No. 4352, 10 de julio de 1962).

Estas observaciones del Tribunal de Apelación se basan en las disposiciones del párrafo 2 del Artículo 30 de la Constitución, que versan sobre el derecho de todo ciudadano a ser juzgado según un procedimiento en regla y dentro de un plazo razonable. Esto sentado, jamás se ponderará con la intensidad suficiente la necesidad de que los tribunales de primera instancia se ajusten con el mayor esmero a estas disposiciones de la Constitución.

Corte Suprema de Chipre

DERECHO A SER JUZGADO SEGUN UN PROCEDIMIENTO EN REGLA Y DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE

NICOLAOU v. POLICE

(1965 - 9 Judgments of the Supreme Court of Cyprus, págs. 1042 a 1044 - Criminal Appeal No. 2788)

En relación con el párrafo 2 del Artículo 30 de la Constitución chipriota, las observaciones hechas sobre el asunto Nicola v. Christofi, antes reproducidas, se referían a las demoras sobrevenidas en los asuntos civiles; estas observaciones son de mayor aplicación todavía con respecto a los causas penales.

Ante los magistrados Vassiliades, Triantafyllides y Josephides.

Fallo dictado el 30 de septiembre de 1965.

Se acusaba al procesado de haber conducido peligrosamente un automóvil y de homicidio por imprudencia. Declarado culpable, recurrió ante la Corte Suprema contra la sentencia condenatoria y contra la pena impuesta. El fallo le fue favorable: la sentencia fue casada y la condena, anulada.

En la exposición de motivos, la Corte formuló las observaciones siguientes:

“Aprovechamos la presente ocasión para repetir lo manifestado en el fallo en materia civil que acabamos de dictar (núm. 4500). Consideramos que las observaciones relativas a las demoras de la administración de justicia en los asuntos civiles se aplican con mayor propiedad todavía a las causas penales. El magistrado Josephides ha puesto de relieve que en el caso presente la causa fue inscrita entre las pendientes seis meses después del accidente de circulación; la sentencia fue dictada quince meses después. Es éste verdaderamente un estado de cosas sobremanera lamentable. Es innecesario extenderse sobre el mismo; nos limitaremos a expresar la esperanza de que no tendremos que hacer observaciones de este tipo en lo sucesivo.”

Corte Suprema de los Estados Unidos de América

EL DERECHO A SER JUZGADO CON PRONTITUD

UNITED STATES v. EWELL ET AL.

(383 U.S. 116)

El derecho a ser juzgado con prontitud depende de todas las circunstancias del caso y concretamente de sus efectos sobre los derechos del procesado y los de la sociedad. Transcurrieron dieciocho meses entre las primeras detenciones y la vista de la causa. Este retraso se debió a que las condenas anteriores fueron anuladas por las inexactitudes de que adolecía el acta de acusación. En estas circunstancias, no se ha violado la Sexta Enmienda, que garantiza el derecho a ser juzgado con prontitud.

Fallo de la Corte, leído por el magistrado White, el 23 de febrero de 1966.

El 14 de diciembre de 1962 los reos habían sido procesados por haber vendido estupefacientes sin receta. Se declararon culpables y fueron condenados a las penas mínimas establecidas por la ley, a saber, uno a cinco años de reclusión; el otro, reincidente, a diez años. Invocando una sentencia dictada el 17 de julio de 1963 en una causa totalmente distinta, según la cual carece de validez una acta de acusación en la que no figure el nombre de la persona acusada de haber comprado los estupefacientes, los procesados pidieron que fuera anulado el fallo condenatorio. Sus demandas fueron depositadas el 6 de noviembre de 1963 y el 28 de enero de 1964, respectivamente; el tribunal de distrito las aceptó el 13 de enero y el 13 de abril de 1964. Los acusados fueron detenidos de nuevo inmediatamente por otros cargos, y las nuevas actas de acusación fueron expedidas el 26 de marzo y el 15 de junio de 1964. Fueron acusados de la misma infracción, pero esta vez los compradores eran mencionados nominalmente. El 13 y el 30 de julio de 1964 el tribunal de distrito aceptó su demanda de que se desechara el acta de acusación, porque los acusados no se habían beneficiado del derecho a ser juzgados con prontitud, según se establece en la Sexta Enmienda; rechazó el argumento según el cual habían estado expuestos a ser juzgados dos veces por los mismos hechos. El gobierno recurrió ante la Corte Suprema, que decidió lo siguiente:

1. El hecho de que hayan transcurrido diecinueve meses entre las primeras detenciones y los debates sobre las últimas actas de acusación no constituye en sí mismo una violación del derecho a ser juzgado con prontitud, garantizado por la Sexta Enmienda.
2. El derecho a ser juzgado con prontitud depende de todas las circunstancias del caso y, en particular, de sus efectos sobre los derechos del acusado y sobre los derechos de la sociedad.
3. Habida cuenta de que la única demora importante se ha producido después del pronunciamiento de la sentencia por el juez del séptimo circuito en un asunto sin relación con el presente, el extenso tiempo transcurrido entre el primer procesamiento y el procesamiento ulterior no constituye en sí mismo una violación de la garantía establecida por la Sexta Enmienda.
4. El tribunal de primera instancia tenía perfecto derecho a rechazar el argumento aducido por los procesados, según el cual habían corrido el riesgo de ser juzgados dos veces por los mismos hechos.

**Sistema judicial británico
Queen's Bench Division**

**EL DERECHO DE UNA PERSONA QUE NO HA SIDO
DETENIDA A NEGARSE A TODA DECLARACION EN
CASO DE SER INTERROGADA POR LA POLICIA**

RICE v. CONNOLLY

La negativa a responder a las preguntas de un agente de policía no constituye un entorpecimiento deliberado del desempeño por el policía de sus atribuciones. Todo ciudadano tiene la obligación moral y social de ayudar a la policía, sin que ello sea una obligación legal. En derecho inglés, se reconoce consuetudinariamente el derecho de un individuo a negarse a responder a las preguntas de las autoridades y a negarse a acompañarlas si no ha sido detenido oficialmente.

Ante lord Parker, justicia mayor, y los magistrados Marshall y James.

Fallo dictado el 3 de mayo de 1966.

En una noche en la que se habían cometido ya muchos robos en las cercanías de la Oxford Street de Grimsby, un policía observó la presencia de un individuo (Rice, demandante) cuyos actos le infundieron sospechas. Este individuo, que contemplaba los escaparates, desapareció por una calle lateral después de haber visto al policía y regresó luego a la calle principal. El policía le interpelló y le preguntó dónde iba, pero el demandante no prestó la menor atención a las preguntas. El policía las reiteró y requirió a Rice para que diera su nombre y señas; Rice replicó: "Dígame por qué debo responder". El policía le permitió alejarse, pero advirtió, cuando Rice se detuvo de nuevo para alumbrar su pipa, que tenía un corte en un dedo. Le requirió de nuevo

para que diera su nombre y señas, y el individuo dijo su nombre y el de la calle donde vivía.

El policía le pidió que le acompañara a la comisaría para comprobar su identidad. El demandante manifestó entonces: "Si usted quiere que le acompañe, tendrá que detenerme"; así lo hizo el policía acto seguido, por considerar que Rice le había entorpecido el desempeño de sus funciones.

El demandante fue acusado de haber entorpecido voluntariamente a un agente de la autoridad en el desempeño de sus funciones y fue condenado por este hecho. Recurrió contra la sentencia condenatoria ante el tribunal de Grimsby, que rechazó el recurso. Sin embargo, el presidente del tribunal reconoció que los hechos de la causa no justificaban la sospecha de que el demandante fuera culpable de uno de los robos cometidos en esa noche.

El demandante recurrió luego ante la "Queen's Bench Division". Obtuvo una sentencia favorable, basada en que una persona que se niega a responder a las preguntas hechas por un policía no incurre en el delito de entorpecer "voluntariamente" el desempeño de las funciones del policía; en efecto, el derecho inglés reconoce consuetudinariamente a todo ciudadano el derecho de negarse a responder a las preguntas de los agentes de la autoridad.

El justicia mayor, lord Parker, declaró, al exponer los motivos de la sentencia, que en virtud de la ley que ha definido el delito (art. 51 (3) de la Ley de 1964 sobre la policía) correspondía al ministerio público probar que se había entorpecido a un policía en el desempeño de sus funciones. Es un entorpecimiento, evidentemente, todo acto que haga más difícil para un policía la ejecución de su deber. No es menos evidente que un policía tiene el deber de tomar todas las medidas que considere necesarias para mantener el orden público, reprimir los delitos y proteger los bienes contra el robo.

Las obligaciones de un policía no se pueden definir de modo exhaustivo y, además de las que se acaban de señalar, tiene también, como mínimo, la de esclarecer los delitos y entregar los culpables a la administración de justicia. Es cierto que, en el caso presente, el demandante hizo más difícil para la policía la ejecución de su misión, y es cierto también que el policía actuó dentro de los límites de sus atribuciones normales.

Por consiguiente, queda por resolver la cuestión de saber si el entorpecimiento en el desempeño de las funciones del policía fue voluntario. El término "voluntario" no significa únicamente "intencional". Se aplica también a actos contrarios a la ley. Por ello, la única cuestión que se ha de resolver es saber si el demandante podía negarse a responder sin infringir la ley. A juicio de lord Parker, podía hacerlo sin duda alguna. Si bien todo ciudadano tiene el deber moral y social de ayudar a la policía, ninguna disposición le obliga a ello, y el derecho consuetudinario inglés ha reconocido que el individuo puede negarse a responder a las preguntas que le hagan los agentes de la autoridad y negarse a acompañarles, salvo en caso de haber sido detenido.

Desde luego, entorpece el cumplimiento de los deberes de la policía quien narra una relato fruto de la fantasía o quien da orientaciones equivocadas por medio de informaciones falsas. Muy distinto es guardar silencio y negarse a contestar.

Por consiguiente, no ha quedado establecido que, al negarse a responder al policía o a acompañarle a la comisaría, el demandante entorpeció ilegalmente el desempeño de las funciones de este depositario de la autoridad.

Tribunal Federal Suizo

**CARACTER SECRETO DE LAS REVELACIONES
HECHAS AL ABOGADO POR SU CLIENTE**

**ABOGADO X v. CANTON DE LOS GRISONES, MINISTERIO PUBLICO
Y DELEGACION DEL TRIBUNAL CANTONAL**

(Journal des Tribunaux, Lausana, parte "Droit fédéral" núm. 10 -
30 de mayo de 1966; pág. 295)

El secreto que un abogado debe guardar sobre los asuntos de su cliente está protegido por la Constitución y por el Código Civil. No se puede obligar a un abogado a que preste declaración sobre los hechos comunicados por su cliente después de un delito. Sólo puede aceptarse una excepción cuando la tutela de intereses superiores lo exige imperiosamente. Hay que renunciar a la declaración de un abogado sobre hechos comunicados por su cliente, cuando éste tenía pleno derecho a negarse a declarar sobre estos hechos y ha ejercido este derecho.

Fallo dictado por la Sala de Derecho Público del Tribunal Federal Suizo el 7 de julio de 1965.

El 28 de julio de 1963 María A., que en esa época no había cumplido 15 años, dio a luz una hija cuya paternidad atribuyó a Rudolf B. El tutor público confió al abogado X, de Coira, el encargo de formar proceso a B. para la determinación de la paternidad. El examen pericial basado en el estudio de los grupos sanguíneos dio un resultado negativo con respecto a B. Cuando se le comunicó este resultado, María A. declaró que había tenido relaciones íntimas con otros dos hombres, cuyos nombres no quería revelar. Se interceptó luego una carta de María A. a su madre, en la cual la primera decía que había tenido relaciones íntimas con sus dos hermanos y agregaba:

"El Sr. X ha dicho que no debemos mencionar las relaciones con los hermanos, sino guardar secreto sobre ellas; no diremos nada, ni siquiera al procurador general, y mantendremos esto oculto." En el proceso penal formado contra ellos, los hermanos Erwin y Paul A. se negaron a reconocer que hubieran tenido relaciones íntimas con su hermana. Oídos en calidad de testigos en esta causa, María A. y su abogado X, amparándose en el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal de los Grisonos, se negaron a revelar si María A. había tenido relaciones íntimas con sus hermanos y si había hecho, a este respecto, declaraciones a su abogado.

Los párrafos 1 a 3 del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal de los Grisonos tienen el tenor siguiente:

"1. Están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado por consanguinidad, por adopción y por matrimonio, en línea ascendente o descendente, su cónyuge o su prometido, los laterales consanguíneos de los padres y de los abuelos y sus cónyuges.

"2. El testigo puede negarse a responder a preguntas que expondrían

al mismo testigo o a alguno de los parientes a que se refiere el párrafo precedente a un proceso penal.

"3. Los eclesiásticos, los médicos, los abogados y los notarios pueden negarse a comunicar hechos que les han sido confiados en el ejercicio de su función o de su profesión. En caso de delito, la delegación del Tribunal cantonal decidirá, previa petición del ministerio público y teniendo en cuenta todas las circunstancias, si los médicos, los abogados y los notarios tienen la obligación de declarar."

El ministerio público, invocando el párrafo 3 del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal del cantón de los Grisones, pidió a la delegación del Tribunal cantonal que liberara a X del secreto profesional y que le impusiera la obligación de declarar. Por decisión del 16 de marzo de 1965, la delegación del Tribunal cantonal aceptó esta petición. Según los motivos expuestos para justificar la decisión, lo que se pretende es esclarecer un delito y el interés público exige que no queden impunes infracciones de suma gravedad.

El abogado X interpuso un recurso de derecho público, pero la delegación del Tribunal cantonal y el ministerio público llegaron a la conclusión de que procedía rechazar el recurso. El abogado apeló entonces ante el Tribunal Federal, que aceptó la apelación y anuló la decisión impugnada.

En su sentencia, el Tribunal Federal hizo las observaciones siguientes:

"En las circunstancias presentes, es menester considerar además que los párrafos 1 y 2 del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal del cantón de los Grisones dan a la cliente del recurrente el derecho de no revelar si sus hermanos tuvieron relaciones sexuales con ella. Ha hecho uso de este derecho. Obligar al recurrente a declarar sobre las confidencias que su cliente le haya hecho al respecto equivaldría a denegar el derecho de ésta a negarse a prestar testimonio, porque el juzgado de instrucción se enteraría necesariamente, por conducto de su abogado, de lo que, confiando en su discreción, ella le reveló con ocasión del proceso de paternidad, pero no quiso divulgar en el proceso penal. Además, quedaría gravemente menoscabada la confianza de la cliente en la discreción de su abogado. Las repercusiones de orden general no serían menos graves: si el abogado se viera obligado a dar a conocer los hechos, a él confiados, sobre los cuales su cliente tiene pleno derecho a negarse a prestar testimonio, no podría basarse en adelante, en lo que se refiere a sus clientes, en la confianza que le es necesaria. Quedaría comprometido el desempeño de la misión que incumbe al abogado al servicio de la administración de justicia. En las circunstancias presentes, es necesario resignarse, a un mal menor, a las dificultades considerables con que tropezará el esclarecimiento de la verdad y que son el corolario del mantenimiento del secreto del abogado. Por lo demás, visto el sumario, no se puede decir que sea imposible averiguar los hechos.

"La delegación del Tribunal cantonal ha desatendido a las circunstancias; al procurar que estuvieran en equilibrio los intereses contrapuestos, a lo cual le obligaba la segunda frase del párrafo 3 del artículo 90, ha hecho caso omiso del principio enunciado en los párrafos 1 y 2 de esta misma disposición; ha introducido con ello una contradicción en la ley y ha desnaturalizado gravemente su espíritu. Por lo tanto, su decisión, no sólo está equivocada, sino que además es arbitraria."

Nota editorial:

En la página 163 del Volumen VII, Núm. 1, de nuestra *Revista*, aparecía una nota editorial relativa a la ausencia, en el momento de entrar en prensa, de referencias a las decisiones judiciales indias compiladas en los repertorios indios de jurisprudencia. Seguidamente reproducimos las referencias que han aparecido posteriormente:

Igualdad entre personas de sexo distinto: Bombay Labour Union v. Franchises (Private) Ltd. — AIR (All Indian Reporter) junio 1966, pag. 942.

Protección de los derechos fundamentales en estado de urgencia: Sadanandan v. The State of Kerala: Kerala Law Times pag. 504 y 1966 (1) S.C.W.R., pag. 870; State of Bihar v. Rambalak Singh AIR (septiembre 1966) pag. 1441; State of Maharashtra v. Sangzivi, AIR (marzo 1966) pag. 424.

Derechos de un empleado: Salam Erode Eletricity Distribution Co. v. the Workmen: AIR (mayo 1966), pag. 808.

LIBROS DE INTERES

Derecho Constitucional

- Commentary on the Constitution of India*, por D. D. Basu, Volúmenes I y II (S. C. Sarkar & Sons (P) Ltd., Calcutta, 1965).
- Constitutions of Nations, Volumen I: Africa*, por Amos J. Peaslee (Martinus Nijhoff, La Haya, Países Bajos, 1965).
- Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, por André Hauriou (Editions Montchrestien, Paris 1966).
- Responsible Government in a Revolutionary Age*, por Z. K. Matthews (Association Press; SCM Press, Londres 1966).
- Parliament as an Export*, por Hilary Blood y otros (George Allen and Unwin Ltd. Londres, 1966).

Africa

- Fugitive Offender*, por Anthony Enahoro (Cassel, Londres 1965).
- The Addis Abeba Charter*, por Boutros Boutros-Ghali (Carnegie Endowment, Nueva York 1964).
- Guide des Partis Politiques Africains* (Centre de Recherche et d'Information Socio-Politique, Bruselas, 19).
- Single Party Rule in Africa*, por Keith Panter Brick (The Pall Mall Press Ltd., Londres 1966).
- East African Unity through Law*, por Thomas E. Franck (Yale University Press, New Haven; McGill University Press, Montreal, 1964).
- Africa: a Handbook*, editado por Colin Legum, edición revisada y ampliada (Anthony Blond, Londres, 1966).
- L'Exercice du Pouvoir Politique en Afrique noire (Côte d'Ivoire, Guinée, Mali)*, por Seydou Modani Sy (Editions A. Pédone, Paris, 1965).
- The Press in Africa*, por Rosalynde Ainslie (Gollancz, Londres, 1966)
- La Réforme de la Justice en Afrique Noire*, por M. Jéol (Editions A. Pédone, Paris, 1965).

Naciones Unidas

- United Nations Forces: a legal study*, por D. W. Bowett (Frederick A. Praeger, Nueva York; Burns & MacEachern, Toronto, Stevens & Sons, Londres, 1965).

Race Relations and the United Nations, por Geoffrey Goodwin (The Pall Mall Press Ltd., Londres 1966).

Europa oriental

State and Law: Soviet and Yugoslav Theory, por Ivo Lapenna (University of London, the Athlone Press, Londres 1964).

Quellen und Formen des Sowjetsrechts, por Rainer Lucas (Horst Erdmann Verlag, Herrenalb, 1965).

Jahrbuch für Ostrecht, Band VI, 2. (Institut für Ostrecht, Munich, diciembre, 1965).

Az állampolgárok alapjogai és kötelelességei, (Akadémiai Kiadó, Budapest, 1965).

Socialist Concept of Human Rights por Imré Szabó and Istvan Kovács (Akadémiai Kiadó, Budapest, 1966).

Libros de interés general

Droit International Publique, Problèmes Théoriques, por G. I. Tunkin, (traducido del ruso, Paris 1965).

Legal Aspects of Economic Development: Surveys made at the request of UNESCO, International Association of Legal Sciences (Librairie Dalloz, Paris 1966).

Legal Aspects of the Civil Rights Movement, publicado por Donald King y Charles W. Quick (Wayne University Press, Detroit, 1965).

The Right of Privacy, por Samuel H. Hofstadter y George Horowitz (Central Book Company, Nueva York, 1964).

Eléments d'une Bibliographie Mondiale du Droit Pénal Militaire (des crimes et des délits contre la sûreté de l'Etat et du Droit Pénal international), por Michel Gendrel et Philippe Lafarge (Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris 1965).

The Accused: a Comparative Study, reedición de J. A. Coutts (British Institute Studies in International and Comparative Law No. 3, Stevene, Londres, 1966).

International Criminal Law, editado por Gerard A. W. Mueller y Edward M. Wise (Sweet & Maxwell, Londres, 1966).

Social Dimensions of Law and Justice, por Julius Stone (Stanford University Press, Stanford, U.S.A., 1966).

¿HA SUSCRITO UD. A NUESTRO BOLETIN?

Si no, hágalo ya, u ordene una suscripción global a *todas* nuestras publicaciones.

El BOLETIN aparece cuatro veces al año y está dedicado al análisis de los acontecimientos de la actualidad mundial con especial relevancia para el imperio del derecho. Además de detenerse en la reseña de las violaciones que se cometen en contra del imperio del derecho, pone de relieve aquellos sucesos que pueden ser un aporte de importancia para su preservación. La rúbrica *Noticias de la Comisión* informa sobre las actividades desarrolladas tanto por la Comisión como por sus secciones nacionales.

El último número (Núm. 28) contenía el informe sobre la reciente Reunión Plenaria de la Comisión Internacional de Juristas, y artículos sobre aspectos del imperio del derecho en América Latina, el Congo-Kinshasa, Europa Oriental, Sudáfrica y las Noticias de la Comisión.

El próximo número, (Núm. 29) contendrá el informe sobre la Conferencia de Dakar, celebrada en enero de 1967 y artículos sobre aspectos del imperio del derecho en Europa Oriental, Hungría, la India, Sierra Leona, Uruguay, Zanzibar y las Noticias de la Comisión.

<i>Cuotas anuales de suscripción</i>	<i>US\$</i>	<i>Franco Suizos</i>
<i>Revista</i>	3.00	13.50
<i>Boletín</i>	3.00	13.50

Suscripción Global

incluyendo, además de la <i>Revista</i> y el <i>Boletín</i> , todas las publicaciones especiales de interés general que aparezcan en el curso del año	5.00	22.50
---	------	-------

Oferta especial

que comprende, además de la suscripción global, todas las publicaciones anteriores existentes	10.00	45.00
---	-------	-------

Las cuotas mencionadas comprenden los gastos de envío por vía ordinaria. A su pedido, le proporcionaremos información sobre el coste de los envíos por correo aéreo.

PARA SU SUSCRIPCIÓN, UTILICE EL FORMULARIO ADJUNTO

Publicado en español, alemán, francés e inglés
Distribución:

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