

Derecho constitucional .....	979
------------------------------	-----

que no se discuta el sistema de valores que han hecho de ella el régimen indiscutible de los países civilizados". El artículo de Pedro de Vega es uno de los análisis más interesantes sobre los aspectos jurídico políticos de la transición institucional española.

Gerardo GIL VALDIVIA

## DERECHO CONSTITUCIONAL

BELL, Griffin B., "The Attorney General: The Federal Government's Crief Lawyer and Chief Litigator, or One Among Many?". *Fordham Law Review*, vol. XLVI, núm. 6, mayo de 1978, pp. 1049-1070, Nueva York.

En los Estados Unidos de Norteamérica, cuando el país, una agencia gubernamental o un funcionario es parte o está interesado en un juicio, son los abogados del Departamento de Justicia quienes los representan en dicho juicio. Ésta es la regla general establecida por el Congreso desde 1870, a menos que exista una excepción señalada por el propio Congreso. En el aspecto no existen excepciones, pero en el civil sí y muchas.

El autor de este ensayo fue procurador general de justicia de los Estados Unidos de Norteamérica y entonces se mostró inconforme con la facultades que poseía el Departamento de Justicia, indicando que ese Departamento siempre había sido el *patito feo* de la administración. Bell manifestó su deseo de que en los juicios, todas las agencias gubernativas fueran representadas por el Departamento de Justicia con la finalidad de uniformar los puntos de vista de la administración respecto a los aspectos legales y a los juicios en que interviene.

Además, hay juicios que afectan a todo el gobierno y como ejemplo señaló la Ley sobre la libertad de información, y que la posición de una sola agencia gubernativa no debe comprometer a todo el gobierno federal. Por ello, el autor insiste en que el Departamento de Justicia represente a todos los órganos y agencias de la administración, aunque dicho Departamento trabaje en colaboración con los abogados especializados de ese órgano o agencia que son los que poseen ciertos conocimientos y habilidades e incluso se les podría delegar un grado de autoridad en algunas circunstancias pero teniendo, en todo caso, el Departamento de Justicia el control último de la situación.

Bell también se refiere al importante tema de la "independencia" del procurador general con la finalidad de librarlo de las presiones del poder ejecutivo en sus funciones de interpretación y cumplimiento de la ley. La anterior corriente se ha manifestado de nuevo como una consecuencia de la experiencia de *Watergate* y poder evitar así posibles abusos de esas facul-

tades. En esta forma, Carter durante su campaña, en 1976, propuso que el procurador general fuera nombrado para un periodo entre cinco y siete años y que sólo se le podría remover con la aprobación del Congreso y del presidente.

La discusión sobre la necesidad de que el procurador general no esté inmiscuido en asuntos políticos es vieja, y viene desde que la Ley del Poder Judicial de 1789 se refirió a este cargo sin relacionarlo con las funciones y tareas políticas que desempeñan los demás órganos del poder ejecutivo. Y en nuestros días, esta discusión regresa a la arena de las controversias: ¿cómo resolver la tensión entre el papel del procurador general como el funcionario que objetivamente define los límites legales de la acción del ejecutivo y el deseo del presidente de recibir consejo legal que facilite sus decisiones políticas?

Bell concluye que este problema de la independencia del procurador general se debe a la variedad de responsabilidades que dicho cargo conlleva, algunas de esas funciones requieren colaboración con órganos del poder ejecutivo y otras funciones requieren independencia frente a esos mismos órganos. El autor, quizá, por el cargo que ocupaba cuando escribió este ensayo, no se inclinó por ninguna de las tesis que en Norteamérica se han expuesto para superar esa *dualidad* en la actuación del procurador general.

Hemos de recordar que en México, el procurador general también posee múltiples funciones y presenta esa *dualidad* lo que, entre otros autores, hemos puesto de relieve en nuestra obra *El presidencialismo mexicano*. Éste es un tema importante al que aún la doctrina mexicana tiene mucho que aportar.

Jorge CARPISO

BRUNNER, George, "The Functions of Communist Constitutions: An Analysis of Recent Constitutional Developments". *Review of Socialist Law*, vol. 3, núm. 2, junio de 1977, pp. 121-153, Leyden, Holanda.

En este artículo se hace un repaso sobre los principales cambios constitucionales en el mundo comunista, especialmente a partir de los primeros años de la década de los sesenta cuando esos países empezaron a modificar sus textos constitucionales para dar cabida a características nacionales. Este desarrollo se debió en gran parte a que pudieran alejarse del modelo estaliniano de la Constitución soviética de 1936.

Checoslovaquia promulgó una nueva constitución el 11 de junio de 1960 que sustituyó a la estaliniana de 1948, pero de la constitución de 1960, sólo algunas partes se encuentran vigentes ya que después de la ocupación de ese país en 1968, doce leyes constitucionales se expidieron, las que destro-

zaron las ideas constitucionales de los *reformadores* de Praga. En Rumania, la presente constitución es la de 20 de agosto de 1965, tercera después de las de 1948 y 1952. La de 1965 ha sufrido reformas importantes en abril y diciembre de 1974.

En Alemania del Este, la constitución de 1949 fue sustituida por la del 6 de abril de 1968 que fue reformada el 7 de octubre de 1974. Bulgaria cambió su Constitución de 1947 por la de 1971. Hungría en lugar de redactar una nueva Constitución revisó totalmente la de 1949 en 1972 y fue ligeramente reformada en 1975.

En Yugoslavia, una gran parte de la Constitución de 1946 fue reemplazada por la ley constitucional de 1953. Su tercera constitución fue publicada en 1963 y la cuarta entró en vigor el 21 de febrero de 1974.

Polonia siguió el ejemplo húngaro, y su Constitución de 1952 sufrió una revisión total en 1976. Albania cambió la constitución de 1946, revisada en 1950, el 28 de diciembre de 1976.

En Mongolia, la Constitución de 1940 fue reemplazada por la del 6 de julio de 1960, y en Corea del Norte la de 1948 por la del 27 de diciembre de 1972. China cambió la suya de 1954 por una nueva en 1975 y Cuba sustituyó la ley fundamental de 1959 por la de 1976.

Generalmente la razón que se da para la adopción de una nueva constitución ha consistido en que se ha logrado un paso más en el desarrollo social y que esta fase constituye un estadio más avanzado en la construcción del socialismo.

Las nuevas constituciones mayormente se diferencian de sus antecesoras en que: *a*) contienen más declaraciones ideológico-políticas que las estalinianas, *b*) hacen referencia a las relaciones internacionales y al derecho internacional, *c*) se fortalece el énfasis en el papel directivo del partido político, aunque hay diferencia de matices según el país y *d*) las constituciones de Alemania del Este, Cuba y Albania prometen ayuda a los movimientos de liberación nacional.

El sistema de gobierno asentado en esas constituciones es principalmente de tres clases: *a*) de Consejo de Ministros, *b*) de Consejo de Estado, y *c*) Presidencial.

La Constitución de Consejo de Ministros es la de tipo estaliniano, en la que el poder se concentra en el primer ministro o jefe del Consejo de Ministros. En este sistema de gobierno, la jefatura del gobierno puede estar separada o fusionada con la jefatura del partido. Ejemplos de este sistema lo son la Unión Soviética, Polonia, Hungría y Albania.

La Constitución de Consejo de Estado implica un cuerpo ejecutivo colegiado que realiza funciones legislativas y de jefe de Estado, y este sistema puede funcionar tal y como fue concebido, siempre y cuando las funciones

no las detente una sola persona en la doble calidad de jefe del Consejo de Estado y jefe del partido.

La Constitución con sistema presidencial implica que el jefe del gobierno es también el jefe del Estado, aunque si es él quien realmente posee el máximo poder depende de si también es el jefe del partido, y si no lo es, puede darse una lucha entre ellos que tenga como resultado que a veces uno y otras veces el contrario, sea el órgano predominante en la estructura del poder. Tienen, entre otros, en este sentido formal, constituciones presidenciales: Checoslovaquia, Rumania, Corea del Norte y Cuba. La situación yugoeslava se caracteriza porque fue diseñada sobre la base del liderazgo de Tito.

En los países socialistas no existe una protección específica de los derechos humanos, llegándose al extremo manifiesto en el artículo 61 de la Constitución cubana que expresa que el ejercicio de las libertades civiles contrario a la existencia y finalidades del Estado socialista, así como contrario a la decisión popular de construir el socialismo y el comunismo, no sólo es inadmisiblesino está sujeto a castigo.

Las constituciones comunistas no tienen como objetivo detener el abuso del poder, ni la separación de poderes. Ellas parten de una concepción colectivista del hombre y los derechos humanos deben ser instrumentos que ayuden a integrar el hombre a la sociedad. En los países comunistas la ley está subordinada a la política, por ello no existe Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) sino *Politischer Staat*. La concepción comunista de la constitución es la del gobierno de hombres, no de leyes.

En consecuencia, las funciones de una constitución en los países comunistas son diversas de aquellas que se persiguen en las democracias occidentales. En aquéllas sus funciones son: *a*) de carácter ideológico y de propaganda, *b*) de información y *c*) de mantenimiento del orden.

Las constituciones comunistas nos *informan* sobre la estructura formal del gobierno, así como sobre las instituciones políticas más importantes fuera del aparato estatal. También *informan* sobre las políticas del partido. Y, desde luego, los países comunistas sienten la necesidad de algún orden y seguridad a pesar de la libertad ilimitada que se asigna a la acción política y la ausencia de obligaciones legales.

Este artículo contiene información que no siempre es fácil de obtener y nos otorga, como ya afirmé, una visión de la evolución constitucional de los países comunistas en los últimos dos decenios.

Jorge CARPIZO

El autor afirma que nuestra Constitución, como todas las leyes fundamentales, es un sistema de normas, pero que también, desde su origen, ha sido *un programa de reformas económicas y sociales*, con la finalidad de proteger a los grupos sociales más débiles y de ahí la inclusión de artículos como el 27, el 28 y el 123, en nuestra Constitución.

En los últimos 60 años, se ha reformado e interpretado la Constitución con el objeto de ampliar las atribuciones del Estado para promover y dirigir el desarrollo económico-social del país. Se ha constituido a la economía mexicana con el carácter de "mixta".

Carrillo Flores pone de relieve que el artículo 28 y sus postulados han quedado, en parte, superados por el artículo 131 que indica que le Congreso federal puede autorizar al Presidente "para restringir y para prohibir las importaciones, exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional o de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país"; y a partir de las reformas al artículo 27 en 1976, las modalidades a la propiedad privada también pueden tener como finalidad: "el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana".

El autor repasa algunos de los principales instrumentos y medidas que el Estado mexicano tiene y ha adoptado para impulsar el desarrollo económico y social del país: la incorporación al dominio público del espacio aéreo, aguas marítimas interiores, la plataforma continental, el mar patrimonial en una extensión de 200 millas a partir del mar territorial que es de doce millas; la existencia y proliferación de los organismos descentralizados y las empresas estatales; la regulación de la política tributaria, de la deuda pública y, la regulación de la moneda y del crédito.

El autor comenta una serie de aspectos como la posición hostil de Carranza a la contratación de empréstitos por la triste experiencia que el país tenía al respecto; la reforma de 1946 a la fracción VIII del artículo 73 se realizó para que el crédito público sólo pudiera utilizarse en la ejecución de obras productivas, salvo en los casos de operaciones de conversión o regulación monetaria, principios —afirma Carrillo Flores— que no se han cumplido cabalmente, como tampoco se ha cumplido el control que el Congreso debe tener respecto a dichos créditos.

El autor asienta que uno de los retos más difíciles a los que México se enfrenta, está en hacer compatible la estrategia del desarrollo económico y social, que debe tener un *mando supremo*, con el principio de la división de poderes, la soberanía de los estados, la autonomía de los municipios y los derechos humanos.

CARRILLO FLORES, Antonio, "La Constitución en el Desarrollo Económico y Social de México". *Las experiencias del proceso político-constitucional en México y España*, 1979, pp. 307-325, UNAM, México.

En el encuentro de constitucionalistas mexicanos y españoles celebrado en la UNAM en junio de 1978, el maestro Antonio Carrillo Flores presentó un ensayo acerca de la Constitución en el Desarrollo de México. Este trabajo describe la ampliación de las funciones del órgano ejecutivo federal para intervenir así en los procesos sociales y económicos. Originalmente la Constitución de 1917 no abandonó en forma total la ideología liberal, pero otorgó al Ejecutivo Federal nuevas atribuciones para alcanzar varios de los objetivos de la Revolución Mexicana.

En primer término describe el autor los preceptos constitucionales que se introdujeron con el objeto de regular diversos procesos sociales y económicos, como los artículos 27 y 123, así como el artículo 28 también de la norma suprema el cual además de consignar la libre concurrencia agregó que la ley castigaría severamente todo lo que constituyese una ventaja exclusiva, indebida a favor de una o varias personas determinadas y en perjuicio del público en general o de alguna clase social. Esta disposición permitió legislar, entre otras cosas, en materia de fijación de precios. Posteriormente el autor refiere algunos aspectos de la evolución de estos preceptos constitucionales.

No sólo la legislación secundaria, apunta el autor, fue abandonando ciertos principios liberales, sino que los propios artículos constitucionales han ampliado las atribuciones del ejecutivo como promotor del desarrollo, aunque canservando a la iniciativa particular como fuente principal de recursos para dicho desarrollo. En 1946, se reforma el artículo 3o. constitucional, definiéndose a la democracia "no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo".

Este precepto ha hecho del Estado, según muchos comentaristas, el rector, aunque en muchas áreas sólo indicativo, del desarrollo del país.

El autor dedica un apartado a comentar los impuestos, la deuda pública y la regulación de la moneda y del crédito. En dicho apartado señala Carrillo Flores que en materia tributaria no se introdujeron cambios importantes en la Constitución de 1917. Se estableció el principio de la coincidencia impositiva entre la federación y las entidades federativas, con algunas limitaciones para estas últimas y se describen algunos rasgos de los debates suscitados entre ambos niveles de gobierno en materia tributaria.

Otra parte del trabajo está dedicada al estudio de los órganos de la administración activa, así como a la actual Ley de la Administración Pública,

comentando algunas de sus innovaciones. Por último, refiere el autor algunas de las nuevas funciones que se han incorporado recientemente a la esfera de actividad del Estado.

A juicio del autor, el órgano ejecutivo federal ha estado siendo dotado de instrumentos para acercar al país a una democracia fundada en el constante mejoramiento social y cultural del pueblo sin sacrificar los derechos del hombre. En ningún momento Carrillo Flores evalúa cuáles han sido los resultados sociales y económicos específicos de la política económica mexicana instrumentada a través de las innovaciones jurídicas que reseña.

Gerardo GIL VALDIVIA

GRIFFITH, J. A. G., "The Political Constitution". *The Modern Law Review*, vol. 42, núm. 1, enero de 1979, pp. 1-21, Londres.

Varios autores ingleses, entre ellos Lord Heilscham y Lord Scarman, son partidarios de que Gran Bretaña cuente, entre otras instituciones, con una constitución escrita, con una declaración de derechos humanos y con una corte constitucional. El interesante ensayo de Lord Scarman lo hemos reseñado para este *Boletín*.

Ahora bien, el profesor Griffith se manifiesta contra esas ideas y sus objeciones son, de acuerdo con su afirmación, de dos clases: políticas y filosóficas.

Las objeciones políticas, fundamentalmente, son que los derechos y libertades civiles que preocupan a los proponentes poseen una naturaleza de conflicto; que si se establece la declaración de derechos humanos, los casos serán determinados por abogados y las reformas que se necesitan no se realizarán realmente; que las cuestiones políticas importantes que se presentan todos los días serán resueltas por el poder judicial cuando deben ser decididas por los políticos, es decir, por funcionarios que son removibles; que lo que se persigue es restringir facultades al gobierno que hasta ahora ha ejercido; que la ley no puede sustituir a la política; que el principio del gobierno de las leyes y no de los hombres es una idea inalcanzable; y que darle facultades a una suprema corte para que tome decisiones políticas no hace a esas decisiones menos políticas.

Desde el punto de vista de este autor el principio de que las decisiones políticas las tomen los políticos implica que la responsabilidad de los gobernantes, debe ser real y no una ficción; que la Cámara de los Comunes debe ser fortalecida; que hay que forzar a los gobiernos para que actúen *abiertamente* y no en secreto; que la libertad de la prensa debe ser ampliada, reformándose las leyes que restringen la discusión; que, desde luego, los gobier-



nos fácilmente se inclinan a actuar autoritariamente, pero que los remedios son políticos, que no es recortando las facultades legales del gobierno como se vence el autoritarismo, sino insistiendo en el funcionamiento de un gobierno abierto.

Las objeciones filosóficas se basan primordialmente contra la formulación basada exclusivamente en la concepción de los "derechos". El autor rechaza: la existencia de la abstracción denominada Estado; el concepto de que quienes detentan el poder político tienen algún derecho moral o alguna autoridad moral para detentarlo, que únicamente acontece que ellos están allí y tienen el poder; que el poder que ejercen no es especial y no es diferente del que realizan otros grupos en la comunidad; que es un error referirse a ciertos derechos del individuo como fundamentales e inherentes al propio individuo, porque como individuo planteo reivindicaciones a las autoridades que controlan la sociedad en que vivo y si soy lo suficientemente fuerte —y para serlo me asocio con otros— mi reivindicación podrá ser reconocida dentro de ciertos límites e inclusive podrá alcanzar el nivel de marco legal.

El autor manifiesta claramente que su preocupación se encuentra en que se logren mayores oportunidades de discusión, un gobierno más abierto, menos restricciones en la discusión, leyes menos cerradas en lo referente a secretos oficiales, más acceso a la información, mayor presión de quienes se encuentran en segundas filas y en alcanzar reformas a la ley de desacato a los tribunales.

Los peligros no se encuentran en la existencia de *excesivas* leyes, sino en una administración *excesiva* que persigue limitar la crítica y proteger a los gobiernos.

La discusión respecto a si Gran Bretaña debe verse involucrada en un profundo cambio constitucional como sería adoptar una constitución escrita, una declaración de derechos y una corte constitucional, no será breve ni fácil. Para los observadores extranjeros la discusión está siendo muy interesante.

Jorge CARPIZO

HIGUCHI, Yoichi, "Evolution récente du contrôle de la constitutionnalité sous la Constitution japonaise de 1946", *Revue Internationale de Droit Comparé*, año XXXI, núm. 1, enero-marzo de 1979, pp. 21-34, París, Francia.

La Constitución de Japón de 1946 instituye un sistema de control jurisdiccional de los actos del Estado en general y de las leyes en particular. En las democracias occidentales —nota el autor— si bien antes de la primera

guerra mundial, la primacía del Parlamento era la regla de oro en este dominio (excepto en Estados Unidos); en cambio, después de la segunda guerra, el control jurisdiccional, si no judicial en el sentido estricto de la palabra, fue difundiéndose: creación de cortes constitucionales en Italia y Alemania Federal, y, a partir de 1971, papel reforzado del Consejo Constitucional francés, etcétera. De hecho, desde hace tres décadas, la tendencia general en este terreno fue hacia la intensificación de las actividades de los órganos jurisdiccionales.

El autor se propone examinar las características y especificidades del sistema japonés de control judicial, que se ejerce por vía de excepción como en Estados Unidos, y que empezó a presentar a partir de 1973 una segunda fase bastante distinta de la inicial. La Corte Suprema ha ido elaborando una jurisprudencia que precisa el mecanismo del control, pese a la fórmula algo ambigua del artículo 81 constitucional que establece: "La Corte Suprema es una corte de última instancia, competente para estatuir sobre la constitucionalidad de todas las leyes, todos los reglamentos o todos los actos".

### I. *Características dominantes hasta 1973*

El autor señala tres rasgos importantes.

En primer lugar, "la pasividad evidente de la Corte para declarar la inconstitucionalidad"; en efecto, hasta 1973, durante más de un cuarto de siglo, la Corte nunca se atrevió a declarar inconstitucional un texto aprobado por el Parlamento.

En segundo lugar, "la actitud activa no menos evidente de la Corte para afirmar la constitucionalidad"; en cambio, la Corte no manifestó la misma prudencia para afirmar la constitucionalidad de una ley o de un acto del Estado puesto en tela de juicio. En general, no fue "abstencionista", pero, por ejemplo, al aplicar la doctrina del "acto de gobierno" para anular un fallo del Tribunal de Tokyo, de 30 de marzo de 1959, que declaraba inconstitucional el Tratado de seguridad nipo-norteamericano, no por ello dejó de afirmar la conformidad constitucional del mismo, alegando que "no parecía como claramente anticonstitucional, de buenas a primeras" (sentencia de 16 de diciembre de 1959). En cierto modo, esta doble actitud de la Corte reflejaba la filosofía oficial del "pasivismo judicial", nacido del necesario respeto ante la emanación del sufragio universal y de una prudencia legítima para no caer en el "gobierno de los jueces".

En fin, el tercer rasgo es la existencia de cierto desajuste entre la tendencia de la Corte y la de las instancias inferiores, es decir de las cortes de apelación y, sobre todo, de los tribunales de primera instancia. En efecto, un número apreciable de sentencias y fallos han declarado inconstitucionales

varias leyes y otros actos importantes del Estado. Los dos ejemplos más célebres son el referido fallo del Tribunal de Tokyo y el del Tribunal de Sapporo, de 7 de septiembre de 1973 que estima inconstitucionales las fuerzas de defensa, es decir el mismo ejército japonés; en ambos casos, se trata de la no conformidad con el artículo 9 de la Constitución, que estipula que Japón renuncia para siempre a toda guerra, e, incluso, a toda forma de armamento, sea cual fuera. Generalmente, la Corte Suprema casa las sentencias disidentes de las cortes y tribunales, y, frecuentemente, rechaza los argumentos constitucionales desarrollados por las instancias inferiores, al confirmar la constitucionalidad de los textos o actos discutidos.

Sin embargo —señala el autor— la tendencia que acabamos de mencionar no impidió que las sentencias y fallos de dichas instancias inferiores influyeran sobre la evolución de la jurisprudencia de la misma Corte Suprema, principalmente durante el periodo 1966-74, por ejemplo, cuando ésta formuló la tesis liberal según la que no todas las huelgas que surjan en el sector público son objeto necesariamente de sanción penal (sentencia de 6 de noviembre de 1974).

Por otra parte, el autor subraya la existencia de dos factores, de carácter sociológico, que repercuten sobre la práctica del control judicial: la ausencia de alternación en el gobierno (desde 1955, el Partido liberal demócrata, conservador, es mayoritario), y la actitud hostil de dicho Partido para la Constitución de 1946. Ello explica que el poder judicial haya apreciado principalmente la conformidad de las grandes orientaciones diplomáticas y militares del gobierno con el pacifismo constitucional y que, por su parte, la Corte Suprema haya adoptado una actitud relativamente conformista.

## II. *Tendencia reciente de la Corte Suprema: ¿viraje o continuidad?*

A partir de 1973, y únicamente desde esta fecha, la jurisprudencia de la Corte Suprema acusa cierta evolución: por una parte, tres sentencias sucesivas han declarado la inconstitucionalidad de textos legislativos, y, por otra, la Corte ha vuelto a adoptar una actitud más “dura”, esto es más restrictiva, en lo concerniente a la protección de determinadas libertades públicas, especialmente para con los empleados del sector público.

1. Desde 1973, tres sentencias de la Corte han declarado la inconstitucionalidad de una ley. En primer lugar, la sentencia de 4 de abril de 1973 censuró el artículo del Código penal que sanciona con extremo rigor el parricidio (pena de muerte o cárcel perpetua), al estimar que semejante régimen era incompatible con el principio constitucional de la igualdad, puesto que los jueces no podían otorgar el sobreseimiento, incluso en caso de circunstancias atenuantes indiscutibles. En una segunda sentencia de 30 de

abril de 1975, la Corte falló en contra de su sentencia de 26 de enero de 1955 que afirmaba la constitucionalidad de la ley relativa a los establecimientos de baños públicos, la que exigía que las nuevas empresas se instalasen a determinada distancia de las que ya funcionaban: la Corte estimó que la limitación de la libertad profesional se tolerará más, desde el punto de vista constitucional, cuando el fin perseguido sea de orden socio-político o económico-político que cuando se trate de un fin de policía —como en el caso sometido a su examen. En fin, al fallar sobre un recurso de inconstitucionalidad relativo a la repartición de las curules entre diputados, conforme a la ley electoral vigente, en su sentencia de 14 de abril de 1976, la Corte reconoció la inconstitucionalidad de dicho texto ante el artículo 14 de la Ley fundamental que proclama solemnemente el principio de la igualdad ante la ley.

2. En lo concerniente a la protección de determinadas libertades públicas, la Corte, en su sentencia de 25 de abril de 1973, rechazó la doctrina de “la interpretación conforme a la Constitución de las leyes” que había adoptado en 1966; pura y simplemente afirmó la constitucionalidad de la ley relativa a los funcionarios del Estado, que sanciona penalmente a los *leaders* huelguistas, matizando su anterior punto de vista liberal, al adoptar esta interpretación restrictiva. Un rigor análogo caracteriza también la actitud de la Corte en lo concerniente a otras libertades de los trabajadores del sector público: así es como, en su sentencia de 6 de noviembre de 1974, invoca la necesidad de “una neutralidad política de los funcionarios” y su estatuto como “servidores de la nación entera”, y afirma nuevamente la constitucionalidad de la ley relativa a los funcionarios.

¿Cómo interpretar —se pregunta el autor— estas actitudes de la Corte, contradictorias en apariencia: por un lado, un ejercicio más activo del control de la constitucionalidad, y, por el otro, una interpretación más restrictiva que entre 1966-73 del derecho de huelga de los empleados y trabajadores públicos?

Una primera interpretación del “activismo” judicial actual de la Corte —al declarar la inconstitucionalidad o al afirmar la constitucionalidad— debería analizarse en el sentido de una mayor autonomía de la alta jurisdicción para con la práctica constitucional de los demás poderes del Estado, y, en consecuencia, configuraría un verdadero “viraje” en la actitud de la Corte.

En cambio, la segunda interpretación se limita a ver sólo un episodio algo aleatorio en las tres sentencias que declararon la inconstitucionalidad de leyes; en consecuencia, se trataría más bien de una “continuidad” en la orientación de la Corte, siempre conciliadora para con los órganos políticos,

con un papel esencialmente legitimador de sus prácticas, sin embargo constitucionalmente dudosas.

Por el momento, señala el autor, ninguna de estas dos intepretaciones puede excluirse enteramente, pues la actitud de la Corte Suprema bien podría depender de un cambio en la mayoría parlamentaria y, luego, en la orientación gubernamental.

Monique LIONS

LOJENDIO, Ignacio María de, "El Estado Social y sus cargas. Expectativa española". *La experiencia del proceso-constitucional en México y España*. 1979, pp. 137-162, UNAM, México.

El objeto de este interesante artículo es analizar algunos aspectos del Estado social de ese derecho así como de su estructuración en España. Para el profesor Lojendio la cuestión fundamental del Estado social es el problema de la igualdad, lo que implica la justa distribución de los bienes. Este problema se ha planteado permanentemente en la Teoría del Estado y cita el profesor Lojendio a diversos autores clásicos como Platón, Bodino y Rousseau.

El Estado moderno nace ya como un Estado intrentor, administrativo y fiscal pero hasta la crisis del capitalismo clásico y el consecuente impulso la intervención estatal desarrolla estas características.

El autor refiere tanto los acontecimientos económicos del Estado de derecho liberal burgués y después de la crisis de éste para dar paso al Estado interventor en los procesos de producción y distribución, que desarrolla una política distributiva, abandonando el planteamiento liberal individualista. Sin embargo, plantea también el problema de la crisis financiera en diversos Estados en virtud de las numerosas y pesadas cargas sociales que deben atender. No basta una política distributiva y social, sino que se requiere la atención y el estímulo del proceso productivo.

El autor comenta el surgimiento de la seguridad social en Alemania y en Inglaterra, los postulados de los promotores del Estado social y las críticas expresadas, por una parte por los juristas liberales y por la otra por los marxistas. Ignacio María de Lojendio refiere el desarrollo constitucional de los derechos sociales y la intervención estatal en la economía consignados en diversas normas constitucionales como la de Weimar, Yugoslavia, Polonia, y la II República española. Describe al Estado social unido a la evolución del neocapitalismo y señala algunos de sus perfiles: 1. El Estado social ha modificado el sentido de los derechos individuales para enfrentar el problema global de la protección de la sociedad en su conjunto. 2. La

construcción del Estado social de derecho afecta la estructura clásica del Estado liberal, ya que la garantía de la libertad se ha visto desplazada por la necesidad de armonizar ésta con la igualdad real. 3. El concepto de la ley como norma abstracta, general e indefinida ha tenido que ceder a la presión de la realidad social que requiere decisiones sobre casos individuales y medidas concretas. 4. El Estado social se realiza por medio de la administración, la cual tecnificada, profesionalizada y reforzada en sus recursos operativos se convierte en clave de la acción política, desplaza al órgano legislativo y provoca el vacío de la ley. Con esto surge la tecnocracia con todos sus inconvenientes. 5. El Estado social acentúa su carácter fiscal tanto por la política distributiva como por exigencias de su propia financiación; 6. El Estado social rompe la división entre derecho público y privado; 7. El Estado social de derecho es un concepto afín y paralelo del de "economía social de mercado".

Otra parte del trabajo está dedicada al caso español, para lo cual describe algunos antecedentes económicos durante la Guerra Civil y el franquismo. También hace referencia a los Pactos de la Moncloa aprobados en octubre de 1977 y en especial al "Acuerdo sobre el Problema de Saneamiento y Reforma de la Economía". A juicio de profesor Lojendio la entonces futura Constitución abriría un capítulo nuevo en la evolución de la política social española: el de la democracia social. Para finalizar el autor plantea dos problemas: primero, el ya señalado de la crisis fiscal del Estado moderno debida en gran parte al costo de las prestaciones sociales y al crecimiento del endeudamiento; y segundo el relativo al poder político en el marco del Estado social. En suma, se trata de un trabajo interesante y panorámico siendo su principal cualidad el ser didáctico.

Gerardo GIL VALDIVIA

MBOUENDEU, Jean-de-Dieu, "La brève et malheureuse expérience du régime parlementaire par les États africains". *Revue Juridique et Politique*, año XXXIII, núm. 4, octubre-diciembre de 1979, pp. 451-465, París, Francia.

En un análisis a veces vindicativo y sectario, este artículo presenta el interés de exponer el punto de vista del "descolonizado", pues hasta ahora la mayor parte, por no decir la casi totalidad, de los estudios sobre los países de independencia reciente fueron obras de intelectuales "ex colonizadores". Ello demuestra una vez más que la imparcialidad —que colocamos entre las virtudes cardinales— no es atributo de nadie y que el resentimiento, como la risa, es propio del hombre.

Al acceder a la independencia en los años de 1960, los países afri-

canos, tanto anglófonos como francófonos, adoptaron casi todos las instituciones parlamentarias de las antiguas potencias colonizadoras, con modificaciones menores. Pero, a los tres años de haberse adoptado, "estos engranes importados e injertados en el cuerpo africano" había demostrado su inestabilidad y su rotunda ineficacia: ante el fracaso, sólo quedaba poner término al breve y desafortunado experimento del parlamentarismo en África.

El autor —camerónés— se propone examinar los factores que favorecieron la adopción del régimen parlamentario e investigar las causas de su fracaso en el continente negro.

### *I. Las razones de la adopción del régimen parlamentario en África*

Estas causas son diversas y pueden agruparse en dos categorías: causas externas o factores histórico-humanos, y causas internas o factores humanos, en relación directa con las propias élites africanas.

*A. Los factores histórico-humanos.* El antiguo colonizador desempeñó un papel determinante en la adopción de las instituciones parlamentarias, bien directamente, o bien mediante sus consejeros técnicos.

1. Dos consideraciones principales, una fe y un interés, caracterizaron la actitud del antiguo colonizador. En efecto —destaca el autor—, "los blancos siempre creyeron en la superioridad de su civilización, y estimaron que el dejar a los países que se independizaban este bien valioso que es la civilización occidental, era un deber moral, una justicia en cierto modo...". En varios casos, la Constitución del futuro Estado fue elaborada bajo la égida de la metrópoli, para "asegurar la orientación democrática de los jóvenes Estados". Esta preocupación de carácter moral ocultaba un interés de índole material: no perder definitivamente a África; de ahí los numerosos acuerdos de cooperación y asistencia técnica en los dominios más diversos: "expulsado por la puerta, el imperialismo regresaba por la ventana" —apunta el autor—. Especialistas y estadistas estimaron que los vínculos jurídicos revelaban ser el medio más eficaz para conservar un contacto seguro con el África independiente.

2. En esta óptica, los consejeros técnicos europeos participaron activamente en la realización de los objetivos de sus gobiernos respectivos. Al independizarse, los Estados africanos sufrían un subdesarrollo jurídico marcado, y tuvieron que acudir a la asistencia técnica. Los consejeros europeos tuvieron dos actitudes —nota el autor—: unos, complacientes, acataron la voluntad de sus propios gobernantes y obedecieron sus directivas; otros, conscientes de prestar sus servicios a Estados recién independizados con necesidades jurídicas propias, faltos de imaginación sin embargo, se limitaron a trans-

plantar las "recetas" jurídicas metropolitanas. En resumen, de buena o de mala fe, los expertos extranjeros desempeñaron un papel determinante en la elaboración de las constituciones del Tercer Mundo: al considerar su derecho nacional como técnicamente perfecto y fundamentalmente justo, fue para ellos un deber de filantropía comunicarlo a los pueblos extranjeros e incitar a que ciegamente se adoptasen sus reglas.

B. *Los factores humanos: la aculturación jurídico-política.* El segundo factor que impulsó hacia el mimetismo radica en la aculturación jurídico-política de los dirigentes de los nuevos Estados. Estas élites, en efecto, fueron formadas al estilo de la antigua potencia administradora, bien *in situ*, o bien en la misma metrópoli, como fue el caso de los presidentes Félix Houphouët-Boigny, Léopold Sédar Senghor, Ahmadou Ahidjo, etcétera. El sistema de educación desempeñó un papel fundamental: en los años de 1960, los dirigentes africanos eran hombres de formación y cultura occidentales, y la recepción de las constituciones fue la consecuencia directa de su asimilación cultural. Estos dirigentes deseaban demostrar su madurez al adoptar sistemas constitucionales idénticos a los de los países industrializados, y, como lo subrayó el profesor G-D. Lavroff, "rechazaban toda originalidad que hubiese podido considerarse como la manifestación de desarrollos políticos diferentes, que denegaban". En suma, el acceso a la soberanía internacional acarreó una europeización de las reglas jurídicas.

## II. *Las causas del fracaso del parlamentarismo*

Numerosos factores se conjugaron para poner término al intento parlamentario en África. El autor los clasifica en dos categorías: factores humanos por una parte, políticos y socioeconómicos por otra.

A. *Los factores humanos.* La incompetencia de los *leaders* africanos, sus rivalidades y la intervención de potencias extranjeras son los factores más importantes.

La incompetencia de los dirigentes —intelectual y técnicamente desaventajados para resolver los múltiples problemas políticos, sociales y económicos que se plantearon con agudez al día siguiente de la independencia— podía ser absoluta (el *leader* nunca tuvo competencia alguna) o relativa; en este caso, en razón de circunstancias adversas, "se le olvidó gran parte de sus conocimientos, como en el caso de Jomo Kenyatta que salió de la cárcel para sentarse en la silla presidencial"; también fue el caso de otros presidentes que no cursaron estudios secundarios y adquirieron una formación —deficiente— con la sola práctica política. Pero, más preocupante era la incompetencia absoluta de los dirigentes de Congo-Léopoldville (hoy en día República de Zaire) y la situación del país en 1960, pues el sistema belga



de enseñanza en el Congo excluía toda formación de una élite local: en vísperas de la independencia "no existía un solo diplomado universitario en derecho, medicina o ciencias".

Las rivalidades entre dirigentes se alimentaron con ambiciones personales, conflictos ideológicos y oposiciones tribales. El autor se refiere nuevamente a la situación en Congo, en el que una aguda rivalidad opuso al presidente de la República Joseph Kasavubu con su primer ministro Patrice Lumumba, oposición de carácter tribal por supuesto, pero también ideológico, cuyo origen se remonta hasta antes de la independencia.

La intervención extranjera también contribuyó en enredar la madeja parlamentarista en África. Para las potencias coloniales, "el acceso a la independencia no significaba para nada el fin de su dominación en el continente, sino el fin de una forma de dominación directa a la que iba a sustituirse otra, menos aparente, más sutil, pero tan perniciosa como la primera" escribe el autor; y así es como se abrió la era del neocolonialismo. Los desórdenes provocados por las potencias extranjeras para conservar su influencia (secesión de Katanga en Congo, y de Biafra en Nigeria, por ejemplo), a veces fueron avivados por los mismos dirigentes africanos, movidos por ambiciones personales, temores ideológicos o proselitismo religioso al intentar perturbar el frágil equilibrio de regímenes políticos vecinos; todo ello explica en gran parte el fracaso del parlamentarismo en el continente negroafricano.

B. *Los factores políticos y socioeconómicos: inadaptación de las instituciones importadas a las realidades africanas.* Montesquieu, el primero en su tiempo, estimó que debía existir un vínculo estrecho entre las situaciones particulares a un pueblo y las leyes que lo gobiernan; éstas "deben ser tan propias del pueblo para el que se dictaron, que fuera un gran azar que las de una nación convinieran a otra". Con palabras diferentes, el profesor Gonidec subraya a su vez que "una buena Constitución no debe ser breve y oscura como lo sostenía Napoleón, sino amoldada a las estructuras sociales y económicas de la sociedad que va a regir; de otra manera, se crearía un divorcio entre el derecho y los hechos". Ahora bien, las instituciones parlamentarias africanas de 1960 fallaron en gran parte por ser inadaptadas; esta inadaptación debe examinarse en tres dominios: el estado de las fuerzas políticas, la diferencia de mentalidades y la del nivel de desarrollo económico.

Al acceder a la independencia, los partidos políticos ya existentes en las sociedades africanas tenían casi todos la misma ideología, y las oposiciones que podían registrarse, ideológicas en apariencia, no eran más que conflictos tribales o ambiciones personales, y, rápidamente, de grado o por fuerza, los partidos secundarios tuvieron que "fusionar" con el más influyente.

Desde la elaboración de su primera Constitución, la mayor parte de los Estados africanos ya conocían el régimen del partido dominante o único que detentaba la totalidad del poder. La oposición no existía ni se conocía... , y en estas condiciones, tampoco el funcionamiento del parlamentarismo cuyos mecanismos, ya atorados, se bloquearon definitivamente.

Un universo separa la mentalidad africana de la europea; y el sistema jurídico de un país debe ser el reflejo de las realidades políticas, históricas, económicas y culturales de su pueblo. Ahora bien, el derecho occidental está basado en una civilización de la escritura, en un esquema de razonamiento cartesiano o helénico, con una concepción muy individualista de la sociedad —sistema que queda enteramente ajeno a “esta África de las tribus, de los tabúes y de la magia”, del culto a los ancestros, del analfabetismo y de la tradición multiseccular.

Al independizarse África, las sociedades nacionales estaban fragmentadas en tres sectores: un sector tradicional enteramente cerrado a la influencia del europeo, y al otro extremo, un sector muy reducido, convertido a las costumbres occidentales; entre los dos, un amplio sector rural muy poco afectado por la influencia blanca; de ahí una economía ni moderna ni exactamente arcaica, pero sí deshilvanada, desajustada y lacia.

En 1960, los dirigentes africanos se olvidaron de que el parlamentarismo “no puede acomodarse con una población analfabeta en gran mayoría y no acostumbrada a las técnicas inseparables del desarrollo económico de un Estado moderno”. Ante los resultados desafortunados de este intento de democracia parlamentaria, los africanos decidieron innovar; a partir de 1963 empezaron a elaborar un modelo constitucional *sui géneris* —cuyo destino y eficacia quedan inciertos todavía, como la experiencia lo sigue demostrando— y que el profesor Buchmann calificó como “presidencialismo negro-africano”.

Monique LIONS

SCARMAN, Leslie, “Fundamental Rights: The British Scene”. *Columbia Law Review*, vol. 78, núm. 8, diciembre de 1978, pp. 1575-1586, Nueva York.

En los últimos años, en la Gran Bretaña, se ha desarrollado una muy interesante discusión entre quienes sostienen que el sistema constitucional inglés tal y como ha evolucionado y lo conocemos actualmente, debe continuar y quienes opinan que el presente sistema no es suficiente, especialmente para la protección de los derechos humanos, y que en consecuencia importantes cambios deben ser introducidos como el establecimiento de: una constitución escrita que contenga una declaración de derechos humanos, una corte

constitucional y un régimen federal. A esta última corriente —que entre sus más distinguidos defensores se encuentra Lord Hailsham— se adhiere el autor de este artículo, Leslie Scarman.

El autor señala tres elementos en Gran Bretaña que indican la necesidad de realizar una nueva ponderación de las funciones que desarrollan los poderes legislativo, ejecutivo y el aparato legal, a saber: la existencia de minorías que deben ser protegidas, el estado de bienestar social y el mercado común europeo.

Así, en los últimos años, ha existido una fuerte inmigración de gente de color y el problema que se presenta es cómo evitar discriminación para estos grupos.

El estado de bienestar social en Inglaterra, con todos sus antecedentes, es un resultado de la Segunda Guerra Mundial e implica la incorporación en la ley de los derechos sociales y económicos como derechos humanos fundamentales, pero aún la instrumentación legal de esos derechos no se ha realizado totalmente.

Y la incorporación de Inglaterra al mercado común europeo tiene implicaciones legales de importancia muy especial. Tan especial —afirma el autor— que no es exagerado afirmar que dentro de la esfera del mercado común, Gran Bretaña posee una constitución escrita (los tres tratados constituyentes), una fuente de derecho que no es el Parlamento (los órganos legislativos en Bruselas) y una corte constitucional.

Otra influencia europea es la Convención Europea de Derechos Humanos que fue firmada por Gran Bretaña en 1950 y ratificada en 1953. Dieciséis estados han incorporado la Convención a su ley interna; Gran Bretaña no, ya que el punto de vista oficial ha sido que la ley inglesa protege los derechos y libertades definidas en la Convención.

Esa Convención establece dos instituciones: La Comisión Europea de los Derechos Humanos y la Corte Europea de los Derechos Humanos. Gran Bretaña acepta la competencia de la Comisión para conocer peticiones de individuos y la jurisdicción de la Corte.

La Comisión al recibir la petición de un individuo se deberá cerciorar si todos los remedios jurídicos internos se han utilizado y entonces deberá buscar una solución amigable, pero si ello no se logra, la Comisión prepara un reporte que se somete a la consideración de las partes involucradas y del Comité de Ministros establecido por el Consejo de Europa. El asunto entonces será decidido por el Comité o por la Corte, pero el Estado en cuestión puede solicitar que el asunto se ponga a consideración de la Corte. Si los Estados-parte están de acuerdo o si han aceptado con anterioridad la jurisdicción de la Corte, la Comisión puede poner ese caso al conocimiento y decisión de la Corte.

Un individuo sólo puede llevar su caso hasta la Comisión, pero ésta puede hacerlo llegar hasta la Corte cuya decisión obligará al Estado en cuestión.

De todos los casos ingleses que han llegado a la Corte, dos tienen importancia: el de *Golder* que se resolvió a su favor y el del *Sunday Times* cuya sentencia se encuentra pendiente.

En el primero de los casos mencionados, *Golder*, un preso, quiso consultar a un abogado sobre una reclamación que deseaba hacer contra un funcionario de la prisión, lo que no se le permitió porque era contrario a las normas penitenciarias. *Golder* alegó que esas normas eran violatorias de la Convención al negarse el derecho a la correspondencia privada y el acceso a un abogado. La Comisión y la Corte concedieron la razón a *Golder*.

En ese caso quedó claro que aspectos de la ley británica pueden ser contrarios a la Convención, por lo que se ha suscitado una serie de preguntas que aún no tienen contestación como: ¿Puede Gran Bretaña cumplir con las obligaciones que le señala la Convención, si continúa negándose a incorporar la Convención a su ley interna?, y ¿se puede tolerar que un ciudadano necesite recurrir hasta Estrasburgo porque en Inglaterra no puede obtener justicia?

El autor indica que la Corte de Apelaciones en Londres (*Court of Appeal*), se inspira en los casos de la Corte Europea de los Derechos Humanos cuando lo considera relevante y apropiado, y señala una serie de casos que manifiestan cómo las Cortes inglesas toman muy en serio su misión de proteger al ciudadano contra los abusos de poder cuando la ley se los permite, pero dichos casos también demuestran que el campo en el cual se pueden mover los jueces ingleses es muy estrecho por el principio de obediencia a la soberanía del Parlamento; así, los jueces sólo explican lo que el Parlamento quiso decir y aplican la norma al caso concreto. Leslie Scarman es partidario de un real sistema de revisión judicial (*judicial review*) y no simplemente como un modo de describir la interpretación de la ley circunscrita en el presente. Y para alcanzar lo anterior, afirma, necesario será contar con una declaración de derechos humanos.

El artículo es interesante y muestra claramente cómo el derecho constitucional no es estático, la influencia y necesidad del Derecho Comparado y cómo las instituciones jurídico-políticas tienen que irse amoldando y perfeccionando para cada día hacer más reales los principios de libertad y dignidad humanas.

Jorge CARPIZO