

Derecho constitucional 1067

adopten los principios generales adecuando los casos de excepción a las necesidades propias de las minorías étnicas.

Vemos pues, a través de los comentarios de Tsien, que la ley de 1981 reforma la de 1950 con base en consideraciones económicas como la planeación familiar, justificadas con argumentos malthusianos, pretendiendo lograr una modernización en las relaciones familiares impuesta coercitivamente. Es un buen intento, no cabe duda; sin embargo, no creemos posible que mediante 39 artículos generales se puedan erradicar costumbres que tienen sus raíces en un sistema patriarcal confuciano de más de dos mil años, lo cual es malo para China. En cuanto a la importancia de este artículo en el derecho comparado, estriba precisamente en que a pesar de sus consecuencias y posible falta de eficacia en su aplicación en China, preceptos como la edad para contraer nupcias, "la adopción de hecho" y la planificación obligatoria, son dignas de considerarse y evaluar la posibilidad de imitar no los textos, sino la intención modernizadora del legislador chino.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE y N.

DERECHO CONSTITUCIONAL

AGGREY, Albert, "Les mécanismes juridiques de protection des droits de la personne en Côte d'Ivoire", *Revue Juridique et Politique*, Paris, núm. 1, enero-marzo, 1982, pp. 97-105.*

Al acceder a la independencia en 1960, Costa de Marfil ha proclamado su adhesión a los derechos humanos y a las libertades fundamentales tal como los definen la Declaración de Derechos de 1789 y la Declaración Universal de 1948. Pero el reconocimiento de los derechos y libertades del individuo resultaría ilusorio sin la existencia de dispositivos propios para asegurar su protección.

El autor se propone examinar las garantías que la Constitución marfilense establece para el ciudadano, y señalar los mecanismos que aseguran su protección. Estas garantías radican en dos principios consagrados en la ley fundamental:

— el principio de legalidad, conforme al cual las reglas relativas a los

* Ponencia presentada en el XIVE Congrès de l'I.D.E.F. sobre "Les Mécanismes Juridique de Protection des Droits de la Personne", celebrado en Montreal, Canadá, del 12 al 19 de septiembre de 1981.

derechos cívicos y las garantías otorgadas al ciudadano para el ejercicio de las libertades públicas pertenecen al dominio de la ley (artículo 41);

— y el principio conforme al cual la autoridad judicial es guardiana de la libertad individual (artículo 62).

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: GARANTÍA DEL RESPETO A LOS DERECHOS DE LA PERSONA

Al referirse a la Declaración Universal de 1948 en el preámbulo de su Constitución, la República de Costa de Marfil se ha comprometido a asegurar la protección de los derechos de la persona "mediante un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". Estado de derecho, Costa de Marfil, al afirmar el respeto al principio de legalidad, "impone a todos, ciudadanos, autoridades legislativas, administrativas y judiciales, la obligación de someterse a las normas del derecho internacional y del derecho nacional relativas a los derechos de la persona".

1. *Las normas internacionales* son las que establecen la Declaración de 1789 y la Declaración Universal de 1948, las que figuran en las directivas, resoluciones y recomendaciones de las Naciones Unidas, así como las cláusulas de los tratados y acuerdos bilaterales o multilaterales, relativas a los derechos y libertades y a su ejercicio.

Es el caso, por ejemplo, de las convenciones internacionales del trabajo, de la Convención General de la Organización Común Africana y Malgache (OCAM) relativa a la situación de las personas y a las condiciones de establecimiento, y también de los tratados que instituyen la Comunidad Económica del África del Este (CEAO).

La Constitución marfilense asegura la aplicabilidad efectiva de estas reglas internacionales al enunciar un principio general que les confiere valor constitucional; de ahí que se imponen a todas las autoridades legislativas, administrativas y judiciales, trátense de los principios proclamados en las dos referidas declaraciones o de las normas internacionales establecidas en los tratados. En efecto, en los términos del artículo 56 constitucional, los tratados o acuerdos debidamente ratificados tendrán, a partir de su publicación, una autoridad superior a la de la ley, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte firmante. El principio de la superioridad del tratado sobre la ley está afirmado con toda claridad.

2. *En el dominio del derecho interno*, tanto la Constitución como la ley y el reglamento consagran los derechos y las libertades del individuo.

El artículo 6 constitucional establece el principio de la igualdad ante la ley, "sin distinción de origen, raza, sexo o religión", y prohíbe toda manifestación de discriminación racial o étnica. El artículo 7 proclama la libertad de asociación y "el libre ejercicio de las actividades de los partidos y de las agrupaciones políticas". Conforme al artículo 62, nadie podrá ser detenido arbitrariamente, y toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida.

Después de los tratados y de la Constitución, la ley desempeña un importante papel en el dominio de los derechos y libertades. Por una parte, fija las reglas relativas a los derechos cívicos y a las garantías fundamentales de que gozan los ciudadanos en el ejercicio de las libertades públicas, y, por otra parte, determina los principios fundamentales de ciertos derechos. A la Sala Constitucional de la Corte Suprema le compete asegurar la supremacía de las disposiciones constitucionales sobre la ley. Así es como podrá opinar sobre los compromisos internacionales, antes de que los estudie el Consejo de Ministros; asimismo, a iniciativa del presidente de la República o del de la Asamblea, podrá examinar la conformidad de las leyes con la Constitución, antes de que sean promulgadas: la disposición declarada anticonstitucional no podrá promulgarse.

En fin, en materia de derechos y libertades, el reglamento podrá dictarse únicamente mediante delegación del poder legislativo; varios recursos jurisdiccionales permiten asegurar la sumisión del reglamento a las normas que le son superiores, así como al principio de legalidad en general.

II. LA AUTORIDAD JUDICIAL, GUARDIANA DE LAS LIBERTADES

Conforme al principio de que la autoridad judicial es guardiana de las libertades individuales, los diferentes recursos que forma el ciudadano contra los actos legislativos o reglamentarios aseguran la protección de sus derechos.

1. *Los recursos contra los actos administrativos.* En la materia, la ley instituye varios mecanismos.

Toda decisión de una autoridad administrativa puede ser objeto de un recurso por parte de la persona interesada; en la primera etapa, este recurso debe ser administrativo, y, de no resultar, el interesado podrá presentar un recurso de anulación por exceso de poder ante la Sala Administrativa de la Corte Suprema.

Por otra parte, la persona que sufra alguna violación a sus derechos por parte de la administración podrá formar un recurso de plena ju-

jurisdicción ante el tribunal de primera instancia, para obtener reparación del perjuicio infligido. No procederá el recurso de anulación cuando el demandante pueda interponer el recurso ordinario de plena jurisdicción.

En materia de protección de los derechos individuales, la elaboración jurisprudencial es importante. Así es como la Sala Administrativa de la Corte Suprema ha obligado a la administración a observar la regla de la no retroactividad de los actos administrativos, en ausencia de todo texto que así lo especifique; asimismo ha impuesto a la administración la regla del respeto a los derechos de la defensa, conforme a la cual un funcionario debe poder defenderse equitativamente en un juicio disciplinario.

2. *Los recursos ante las jurisdicciones de derecho común.* Varios mecanismos jurídicos aseguran el acceso a los tribunales y, en consecuencia, la tutela de los derechos de los justiciables.

Conforme al artículo primero del Código de Procedimientos Civiles, Mercantiles y Administrativos, toda persona física o moral puede acudir a los tribunales para obtener el reconocimiento, la protección o la sanción de su derecho.

En materia de conflictos del trabajo, es gratuito el procedimiento ante las jurisdicciones sociales, y el asalariado tiene de pleno derecho el beneficio de la asistencia judicial para la ejecución de la decisión pronunciada en su favor. Por otra parte, en todas las esferas, toda persona puede obtener la asistencia judicial cuando justifique que es falta de recursos; tiene derecho a la asistencia de un abogado y a la gratuidad del procedimiento.

En el ejercicio de sus funciones, los jueces no son sometidos más que a la autoridad de la ley. Los tribunales están integrados por magistrados profesionales inamovibles, cuya competencia e imparcialidad están aseguradas por rigurosas condiciones de selección que exigen una excelente moralidad y una formación jurídica superior a la de la licenciatura.

Conforme al artículo 62 constitucional, la autoridad judicial, guardiana de la libertad individual, asegura el respeto a los derechos de la defensa. En efecto, el Código de Procedimientos Penales, y el de Procedimientos Civiles, Mercantiles y Administrativos, dictan disposiciones relativas al carácter contradictorio de los debates, a la publicidad de las audiencias, al respeto a los derechos de la defensa y al ejercicio de las vías de recurso ante las jurisdicciones superiores.

Para asegurar la protección de los derechos del individuo, los tribunales, entre otros medios, sancionan a la persona que ha atentado contra el derecho ajeno, y otorgan una reparación adecuada a la víctima, mediante daños y perjuicios, restitución, reintegración, etcétera.

CONCLUSIÓN

En resumidas palabras —recalca el autor—, la República de Costa de Marfil ha instituido mecanismos jurídicos que aseguran eficazmente la protección de los derechos de la persona, mediante:

— la primacía, consagrada por la Constitución, de las normas internacionales sobre la regla interna;

— La adopción de un recurso de anulación por exceso de poder, para proteger al administrado y poner freno a la omnipotencia de la administración;

— las facilidades otorgadas a toda persona para ejercer una acción en justicia, y

— la existencia de procedimientos apropiados y de jurisdicciones competentes e imparciales.

Monique LIONS

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, "Garantías constitucionales de la independencia judicial", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, núms. 2-3, 1981, pp. 335-358.

La función de aplicación de las leyes atribuida a los jueces se integra en un sistema normativo que tiene en su base la idea de la independencia judicial. Una serie de normas, desde la Constitución hasta disposiciones reglamentarias, regulan y tutelan este principio. El magistrado del Tribunal Supremo de España, Agúndez Fernández, se propone en este trabajo discutir el régimen español de la judicatura.

El régimen jurídico de la independencia judicial está contenido, en primer lugar, en la Constitución de 1978; después en las leyes orgánicas que desarrollan sus principios, la reciente Ley del Consejo General del Poder Judicial y la ofrecida Ley del Poder Judicial (en la que se integrará la del Consejo), la Ley Orgánica de 1870 y el Reglamento de jueces y magistrados de 28 de diciembre de 1967, llamado de la Carrera Judicial y Magistrados del Tribunal Supremo. También, este conjunto de normas se complementa con la Ley de Retribuciones de Funcionarios de la Administración de Justicia. Y se integra este cuerpo de leyes con la Ley del Tribunal Constitucional, el Código Penal, las leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal y, todavía más, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Ley del Ministerio Fiscal, reglamentos de los otros

cuerpos de la administración de justicia y las disposiciones que se dicten por los parlamentos de las comunidades territoriales autónomas.

Agúndez hace el estudio de todo este cuerpo legal, dividiéndolo en cuatro apartados: 1) El sistema de garantías que apoyan la independencia judicial como derecho y deber del juez, garantías personales, profesionales y políticas; 2) Los derechos sustantivos definidores de la independencia, reconocidos expresamente en el artículo 117-1 de la Constitución y en la Ley del Consejo General del Poder Judicial de 1980, que en su artículo 1º apunta;

El Poder Judicial se organiza y ejerce sus funciones con arreglo a los principios de unidad e independencia. El gobierno del Poder Judicial corresponde al Consejo General del Poder Judicial de acuerdo con la Constitución y lo previsto en la presente Ley Orgánica. El Consejo General ejerce su competencia en todo el territorio nacional.

Y destaca que en el Anteproyecto de Ley del Poder Judicial, el título II del libro III trata de la inamovilidad de los jueces y magistrados, incompatibilidades y prohibiciones, inmunidad judicial y retribuciones. Y formula una cuidadosa relación de los derechos sustantivos establecidos en el sistema normativo; 3) Una calificación muy extensa de los actos atentatorios a la independencia judicial, y 4) El estudio de las normas del ordenamiento procesal específico para garantizar la independencia judicial.

En resumen, la Constitución de 1978 reconoce expresa y correctamente la independencia judicial, en varios preceptos, unos de carácter programático, otros sustantivos y otros de carácter procesal para defender su eficacia. Necesitarán desarrollos en leyes reglamentarias, algunas de las cuales ya se han promulgado y otras están en proceso de elaboración. Piezas claves para el aseguramiento del principio de la independencia judicial, son el Tribunal Constitucional, con sus recursos de inconstitucionalidad y de amparo, y el Consejo General del Poder Judicial, órgano encargado de la dirección y gobierno del Poder Judicial, que encarna la idea de independencia y en el que se finca el logro de su verdadera autonomía. Dada su composición —concluye Agúndez:

Ocho designados por los parlamentarios y doce por los propios jueces, el único escollo de amenazador peligro parecería ante el posible predominio de criterios interesadamente políticos, de los partidos y grupos, sobre los criterios de pura justicia; agravándose si los jueces se comprometen con ellos. Esperamos que la prudencia y el buen sentido salgan siempre triunfantes para bien de la justicia.

BRARD, Yves y Michel VIUO, "La démocratisation des institutions politiques de la Côte d'Ivoire", *Revue Juridique et Politique*, París, núm. 2, abril-junio, 1982, pp. 735-757.

En 1980, después de veinte años de haber asumido la conducción de los asuntos públicos en Costa de Marfil, el presidente Félix Houphouët-Boigny —con el deseo de asegurar la estabilidad del "equipo" que le sucederá a la cabeza del Estado— ha estimado necesario poner en marcha un proceso de democratización de las instituciones políticas del país.

Se trata de democratizar, en primer lugar, el partido único (Partido Democrático de Costa de Marfil-Reunión Democrática Africana, PDCM-RDA) y, en segundo lugar, la representación nacional con motivo de las elecciones legislativas; en fin, la creación de un puesto de vicepresidente, al consolidar el edificio constitucional, afirmará la democracia marfilense.

I. LA DEMOCRATIZACIÓN DEL PARTIDO ÚNICO

En 1968, un analista ha podido escribir que "el partido marfilense no entra en la tipología clásica de los partidos". Dos características principales le confieren su originalidad. En efecto, si bien es un partido único, no por ello es un partido totalitario: el PDCM no obedece a una doctrina política rígida y no impone a sus militantes un compromiso ideológico riguroso; en segundo lugar, es el partido del gobierno, en consecuencia su objetivo no es el de conquistar y ejercer el poder —ya lo ha logrado desde hace veinte años—, sino el de difundir las ideas del presidente de la República y explicar las opciones escogidas.

Pero —señala M. Viou— al transcurrir el tiempo, el partido ha sufrido una mutación cuyas consecuencias fueron de reforzar el vínculo existente entre jerarquía partidista y jerarquía estatal por un lado, mientras que, por el otro, se debilitan los lazos con la base popular. Esta evolución ha sido condenada por el VII Congreso, en septiembre de 1980, y se ha decidido democratizar el partido en dos direcciones, es decir reanudar los vínculos con la base democrática para hacer del PDCM "el partido de todo el pueblo", y democratizar su gestión al instituir "un verdadero equipo dirigente".

1. *Para poner fin al conflicto actual de generación*, en el seno del partido es donde debe realizarse "la simbiosis entre los antiguos y los jóvenes, ... pues aquéllos templarán con sabiduría y experiencia el dinamismo y el ímpetu de éstos". En efecto, se trata de lograr que el PDCM vuelva a ser el partido popular que era antes, "el crisol de la unidad

nacional” en el que se asocien “todas las capas sociales y todas las clases de edad”. Así es como, a las pocas semanas, “y por primera vez”, el pueblo ha elegido “de manera verdaderamente democrática” —subraya M. Viou— a sus representantes en las diferentes instancias partidistas, designando a cien nuevos secretarios generales y renovando el mandato de otros noventa y nueve.

2. *El VII Congreso* ha destacado que “para conservar al partido su dinamismo y permitirle realizar sus objetivos, es preciso que sus estructuras se adapten constantemente a la evolución”.

Así es como el mismo Congreso ha resuelto reducir el número de miembros del buró político y del comité director, suprimir el puesto de secretario general, y crear un comité ejecutivo encargado de secundar al presidente del partido (y presidente de la República) en la aplicación de las decisiones del Congreso, en los dominios político, económico y social. La creación de este Comité refleja la voluntad de centralizar las responsabilidades en manos de un grupo que tenga la confianza del jefe del Estado y de los militantes. Por otra parte, el reducir los efectivos de los órganos del PDCM traduce “la preocupación de una acción más eficaz, profunda y convincente, que llevarán a cabo hombres escogidos por sus cualidades, convicciones y competencias para guiar a otros hombres”.

II. LA DEMOCRATIZACIÓN DE LAS ELECCIONES LEGISLATIVAS

Desde la independencia, el debate electoral nunca ha suscitado pasión alguna en Costa de Marfil. En efecto, en virtud de la reglamentación legal establecida, el sistema de la lista nacional, patrocinada por el partido único, ha logrado eliminar toda tentativa de oposición; de ahí que solamente el crecimiento del cuerpo legislativo permitía cierta renovación del medio político.

Repentinamente, en julio de 1980, el jefe del Estado denunció la estabilidad de la clase política, y sometió a la Asamblea Nacional un proyecto de ley tendente a modificar el régimen electoral, es decir a suprimir el escrutinio de lista nacional e instaurar la pluralidad de candidaturas. Este texto, votado en el siguiente mes (septiembre), se ha aplicado por primera vez con motivo de las elecciones legislativas de 9 y 23 de noviembre de 1980.

1. *Supresión del escrutinio de lista nacional.* El sistema de la lista nacional se adoptó en Costa de Marfil —como en casi todos los países africanos— con el fin de remediar una constante sociológica del África negra: la diversidad étnica que frena la cristalización del sentimiento nacional y amenaza la unidad del Estado; en consecuencia, la lista na-

cional tendía a neutralizar el desarrollo de las fuerzas centrífugas que los partidos regionales eran susceptibles de generar.

De ahora en adelante, la ley de primero de septiembre de 1980 divide el territorio nacional en 127 circunscripciones electorales, y sustituye el escrutinio mayoritario de dos vueltas al de una sola vuelta, pero mantiene el escrutinio de lista en las circunscripciones que tengan que elegir a varios diputados (artículo 5). Son dos las consecuencias del nuevo régimen electoral; por una parte, "la Asamblea Nacional ha dejado de expresar necesariamente una opinión unánime, pues su composición traduce sensibilidades diferentes"; y, por otra parte, ya que ahora los diputados son elegidos por colegios electorales individualizados, en caso de vacante se procederá a elecciones parciales —lo que prohibía el sistema anterior.

2. *La pluralidad de candidaturas.* Todo ciudadano mayor de veintitrés años, que tenga la calidad de elector, podrá ser elegido a la Asamblea Nacional, al presentarse en la circunscripción electoral que escoja (artículo 19), siempre que, previamente, haga la declaración correspondiente ante el Ministerio del Interior y deposite una fianza de 100,000 francos CFA (unidad monetaria vigente en los departamentos franceses de Ultramar y en los Estados independientes de África que han adherido a la "zona franco"). "La innovación esencial —subraya M. Viou— radica en la ausencia de toda referencia y, luego, de toda subordinación, a un partido político." En efecto —insiste—, el candidato no está sometido a ninguna exigencia partidista, mientras que, con el régimen electoral anterior, tenía la obligación de mencionar su afiliación política. Al enunciar la existencia del partido único, ¡queda uno confundido!

Cabe subrayar —si bien M. Viou lo estima superfluo— una disposición de la referida ley electoral, que, a nuestro parecer, es en su esencia la antinomia de la democratización perseguida, pues elimina radicalmente toda eventualidad de oposición: la ley establece que "todos los elegidos ocuparán sus curules en la Asamblea Nacional *en calidad de diputados del PDCM-RDA*", o sea que cada elegido se convertirá *ipso facto* en miembro del PDCM y diputado del partido. Ello explica por qué la adhesión al partido ya no figura entre las condiciones de elegibilidad: ha dejado de ser necesaria, puesto que el simple hecho de ser elegido transforma automática y obligatoriamente al impetrante en diputado del PDCM-RDA. Mediante esta sutileza bizantina, y so pretexto de democratización, el partido reafirma su omnipotencia en todo el país, a la par que establece una tutela más que eficaz sobre los elegidos, quienes —quieranlo o no— son asimilados por el PDCM, a través de un verdadero fenómeno de fagocitosis juridicopolítica. De ahí dos conse-

cuencias: desaparece, por inútil, la ficticia estrategia preelectoral, a la par que, como antes, resulta ejemplar la docilidad de la cámara recién integrada.

III. UNA VICEPRESIDENCIA SIN VICEPRESIDENTE

Después de obtener en octubre de 1980, a la edad de 75 años, un nuevo y quinto mandato de cinco años, el presidente de la República envió a la Asamblea Nacional un texto —rápidamente convertido en ley constitucional, el 26 de noviembre siguiente— que modifica el artículo 11 de la ley fundamental, relativo a la vacancia de la presidencia de la República, es decir a la sucesión del jefe del Estado.

1. *Las reformas anteriores.* La reforma de 1980 a las reglas constitucionales relativas a la suplencia o la sucesión del presidente de la República no es la primera; en efecto, el artículo 11 de la Constitución de 3 de noviembre de 1960 ya había sido modificado por la ley constitucional de 31 de marzo de 1975.

Conforme al texto original del referido artículo, en caso de vacancia de la presidencia por causa de deceso, dimisión o impedimento absoluto, la suplencia era asegurada por “una personalidad designada en el seno de la Asamblea Nacional por el presidente de dicha cámara”. Si el periodo por concluir fuere menor o igual a 12 meses, “no habrá lugar a elecciones”, y el presidente designado se convertirá de pleno derecho en presidente de la República. Si el periodo por concluir fuere mayor de 12 meses, se celebrarán nuevas elecciones presidenciales.

La reforma constitucional de 31 de marzo de 1975 aportó una solución más sencilla: en caso de vacancia de la presidencia de la República, el presidente de la Asamblea Nacional se convertía de pleno derecho en presidente de la República y ejercía la función presidencial hasta el fin del periodo por concluir. Sin embargo, la designación del presidente por el órgano legislativo no concordaba con el carácter netamente presidencialista del régimen marfilense.

2. *De ahora en adelante,* con la ley constitucional de 26 de noviembre de 1980, “en caso de vacancia de la presidencia por causa de deceso, dimisión o impedimento absoluto, declarado por la Corte Suprema a solicitud del gobierno”, el vicepresidente es quien asumirá de pleno derecho la función presidencial durante el periodo por concluir.

Dos advertencias. Por una parte, ahora la Corte Suprema interviene obligatoriamente para declarar la vacancia; y, por la otra —laguna singular— a los dos años de la reforma aún no tiene titular el puesto de vicepresidente, ya que hasta la fecha no existe vicepresidente alguno. ¿Cómo explicar esta situación?

3. *En realidad* —destaca Y. Brard—, la situación actual se debe al hecho de que el presidente Houphouet-Boigny no contempla todavía la posibilidad de que se elija a un vicepresidente, es decir, en una palabra, que se niega a designar a un sucesor, pues no desea entronizar a ningún “heredero” virtual.

En efecto, al clausurar el VII Congreso del PDCM, el presidente marfilense ha declarado: “Nunca hemos pensado en un sucesor, sino en un equipo, cuyos miembros confiarán unos en otros y se dedicarán a prolongar mi acción. Del seno de este equipo surgirá mañana el hombre que asumirá la difícil tarea de conducir un país joven que, en razón de la modicidad de sus recursos, tropieza con muchas dificultades.”

La imprecisión voluntaria que mantiene en este dominio la declaración sibilina del jefe del Estado —ante todo preocupado por reafirmar su casi perennidad y subrayar el carácter único de su carisma personal— parece poco susceptible de crear el clima favorable para dar una solución acertada al problema de la sucesión presidencial en Costa de Marfil.

Monique LIONS

ELIZALDE Y ARYMERICH, Pedro, “El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, tomo XXXIV, fascículo II (abril-junio MCMLXXXI), pp. 227-257.

El autor analiza la importancia y proyección de la labor del Tribunal Constitucional, órgano creado en la nueva Constitución española, e institución especialmente encargada de la defensa constitucional judicial, entendida ésta como el conjunto de instituciones de garantía concebidas para preservar la vigencia de la Constitución como norma suprema y su relación con los otros órganos integrantes del poder judicial, también obligados a velar por el cumplimiento de los preceptos constitucionales. La relación entre los distintos órganos en su función común se manifiesta en tres niveles: la actuación de la Constitución como norma de aplicación inmediata que obliga a todos los órganos de la magistratura, la aplicación judicial de la norma suprema; la eficacia de las resoluciones del Tribunal Constitucional frente a los jueces de menor jerarquía y finalmente el alcance de su jurisprudencia en relación especialmente con la producida por el Tribunal Supremo.

La jurisprudencia se analiza, no en su sentido de ciencia del derecho, sino como doctrina, como la manera de interpretar las reglas del derecho, para aplicarlas; o, en forma más restrictiva, como el conjunto de

criterios de interpretación y decisión, formulados por los tribunales en su labor jurisdiccional. Este concepto de jurisprudencia, como doctrina, es acogido en la Constitución de 1978, en su artículo 161 inciso *a*, que establece la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de los recursos de inconstitucionalidad y afirmar que “la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”. Al Tribunal Constitucional se le califica como “intérprete supremo de la Constitución”, y por eso la doctrina que elabora tiene tanta importancia y autoridad. Pero dentro de límites específicos. La jurisprudencia, aun la del Tribunal Constitucional, “complementa el ordenamiento jurídico, pero no es fuente del derecho”; es sólo una doctrina, un conjunto de criterios respetables, pero no vinculantes.

Así pues, la posición del Tribunal Constitucional como productor de jurisprudencia, es privilegiada. En los primeros años de vigencia de la Constitución, sus criterios en la aplicación de la ley suprema implicarán una precisión de su sentido. Deben estudiarse, afirma el autor, con mucho cuidado, evitando la tendencia a la dogmatización de los criterios jurisprudenciales y la proliferación de máximas consolidadas, que alteran el sentido original doctrinario, riesgo que se acrecienta por la preeminencia de que goza el Tribunal.

Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA

GULPHE, Pierre, “Les tribunaux français gardiens de l'intimité de la vie privée”, *Revue Juridique et Politique*, París, núm. 1, enero-marzo, 1982, pp. 554-565.*

El examen del derecho comparado revela que, en los países de alta civilización, el derecho de la persona al respeto de su vida privada no se discute y reviste un carácter fundamental —destaca el autor, abogado general de la Corte de Casación—. Este derecho está consagrado por los artículos 12 de la Declaración Universal, y 8 de la Convención Europea de 1950.

En lo que a Francia respecta, dicho derecho está afirmado en el artículo 9 del Código Civil, cuya redacción actual resulta de la ley de 17

* Ponencia presentada en el XIVe Congrès de l'I.D.E.F. sobre “Les Mécanismes Juridiques de Protection des Droits de la Personne”, celebrado en Montreal, Canadá, del 12 al 19 de septiembre de 1981.

de julio de 1970 que tiende a reforzar la garantía de los derechos individuales del ciudadano. El carácter reciente de estas disposiciones puede sorprender, tanto más cuanto que el Código de 1804, con excepción del delito de violación de domicilio, no contenía reglas tendentes a asegurar la protección de la vida privada. Ante este vacío legislativo, era lógico que los particulares, cuando estimaban que se atentaba contra el respeto a su vida privada, se hayan dirigido a los tribunales del orden judicial, garantes tradicionales de los derechos fundamentales de la persona.

Las decisiones judiciales se han multiplicado en este dominio, mucho antes de que se promulgara la ley de 29 de julio de 1881 que sanciona toda alegación o imputación de hecho que atente contra el honor o la consideración de una persona. Para proteger el derecho a la vida privada, el juez tuvo que acudir a los medios del derecho común que le ofrecía el Código de Procedimiento Civil, y elaborar soluciones adecuadas en el terreno de la responsabilidad civil, para asegurar la reparación más apropiada en la materia. La abundante jurisprudencia así elaborada ha permitido a la doctrina establecer análisis penetrantes cuya conclusión lógica debía consagrar el legislador, años más tarde.

De ahí que en Francia el respeto al derecho a la vida privada presenta la particularidad de una construcción de origen pretorial, de doble faceta: por una parte, la construcción anterior a la intervención del legislador, y, por otra, la elaboración posterior al texto de la ley de 17 de julio de 1970.

I. LA OBRA JURISPRUDENCIAL ANTERIOR A LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA

Esta obra es considerable en la medida en que configura una construcción homogénea, pese a la gran diversidad de los casos que se han examinado.

Cabe estudiar dos puntos: el objeto del derecho al respeto de la vida privada, y la sanción de dicho derecho.

1. *La jurisprudencia anterior a la ley de 1970* ha definido poco a poco este concepto, al precisar las características propias del derecho a la intimidad de la vida privada. La palabra "intimidad" aporta un matiz suplementario a la idea general según la cual la vida privada constituye un dominio, limitado y estrechamente cerrado. Este matiz pone de relieve la particularidad del derecho al respeto de la vida privada; éste no se analiza solamente "como un derecho subjetivo que requiere consideraciones y deferencias, sino que va más allá, pues instituye un sector de vida en el que cada uno puede pretender que nadie venga a importunarlo; de ahí que este derecho supone un deber de no injerencia en los

asuntos ajenos, aun cuando esta injerencia no diere lugar a divulgar el secreto así descubierto”.

Así es como, a través de una serie de decisiones en apariencia desemejantes, la jurisprudencia ha ido elaborando el concepto de dominio de la vida privada, en el aspecto más íntimo que implica.

De ahí resulta que el derecho al respeto de la vida privada tiene como primer objeto la vida familiar de la persona casada, así como la vida personal del célibe, que se analiza como el dominio por excelencia de la intimidad de la vida privada. Cabe subrayar que este dominio reservado ha sido reconocido a los artistas, incluso a los de mayor renombre, cuya vida cotidiana es ampliamente conocida del gran público —si bien la prensa, con sus fotos y sus crónicas, publicadas con el acuerdo de los interesados, parecen susceptibles de revelar esta supuesta intimidad—. Por ello, los tribunales han puntualizado que el consentimiento dado en este dominio revestía tan sólo un carácter ocasional, pasajero, y de ninguna manera podía interpretarse como el renunciar a la facultad de quejarse, en el futuro, cuando se atentare al respeto a la intimidad. Esta condición de consentimiento ha sido interpretada muy estrictamente; en efecto, se ha juzgado que constituía una falta el utilizar una fotografía con fines comerciales.

En estas condiciones, así es como se han protegido también la vida sentimental o amorosa, el divorcio y las relaciones amistosas, sea cual fuera la notoriedad de la persona interesada. De la misma manera, la jurisprudencia ha protegido los asuetos, el aspecto privado del trabajo profesional, la enfermedad y los recuerdos personales.

2. *El atentar contra la intimidad de la vida privada* constituye una falta e implica que se otorguen daños y perjuicios a la víctima, siempre que ésta justifique el daño sufrido. Ciertamente, se trata de una reparación económica que puede corresponder a la evaluación del perjuicio sufrido; pero en razón de su carácter *a posteriori*, no hace desaparecer las consecuencias del mismo, principalmente en el dominio moral o afectivo.

En este terreno no queda por demostrarse lo oportuno de una medida preventiva. Muy a menudo los tribunales han ordenado medidas de embargo, como único medio propio para impedir la difusión de una publicación que atenta contra la vida privada. En efecto, solamente el embargo preventivo, e incluso el secuestro, de todos los ejemplares destinados a la venta, permite evitar el daño, cuya reparación posterior no sería sino indirecta e incompleta. Además, cuando sea necesario, las referidas medidas podrán dictarse mediante el procedimiento de urgencia del *référé*.

II. LA OBRA JURISPRUDENCIAL POSTERIOR A LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA

La ley de 17 de julio de 1970 ha consagrado la elaboración pretorial que acabamos de exponer. Después de señalar las innovaciones que aporta la referida ley, y que completan la obra de los tribunales, el autor se propone examinar la interpretación que éstos han dado con base en el texto legal.

1. *Es de todos conocido que los progresos tecnológicos ofrecen medios materiales muy perfeccionados que permiten inmiscuirse en el sector reservado de la vida privada; de ahí la necesidad de controlar esta situación, al adaptar y unificar textos represivos, susceptibles de ejercer una acción disuasiva. Así es como el legislador de 1970 ha adoptado disposiciones nuevas que se han incorporado al Código Penal.*

El artículo 368 sanciona: a) el hecho de escuchar, grabar o transmitir, mediante un aparato, palabras pronunciadas en un lugar privado por una persona, y sin el consentimiento de la misma, y b) el hecho de fijar o transmitir, mediante un aparato, la imagen de una persona que se encuentra en un lugar privado, sin el consentimiento de la misma. Este artículo —estima el autor— tipifica “un verdadero delito de espionaje audiovisual”.

Por su parte, el artículo 369 del mismo Código concierne, no al referido espionaje, sino a su explotación. Reprime el hecho de conservar con conocimiento, difundir, o involuntariamente dejar que se difunda, en el público o ante un tercero, así como utilizar, públicamente o no, toda grabación o documento obtenidos mediante los hechos que tipifica el artículo 368.

Por último, el artículo 370 reprime el delito de montaje realizado con las palabras o la imagen de una persona, sin el consentimiento de la misma, cuando no fuere evidente que se trata de un montaje o cuando no se hiciere expresamente la mención correspondiente.

Para estos nuevos delitos, recién tipificados, la tentativa se castiga de igual manera que el delito consumado, y el enjuiciamiento supone la previa denuncia de la víctima o de sus derechohabientes; además de las penas establecidas (encarcelamiento de dos meses hasta un año y multa de 2,000 francos hasta 60,000), el tribunal correccional podrá ordenar la confiscación.

Estos textos, cuya finalidad preventiva es notoria, tienden a asegurar eficazmente la protección del individuo, a la par que demuestran que la libertad de la prensa no se concibe sin algunas limitaciones impuestas en nombre de ciertos imperativos morales.

2. *La ley de 17 de julio de 1970 ha introducido en el Código Civil*

un nuevo artículo 9 que establece: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada."

Sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, los jueces pueden ordenar todas las medidas necesarias, tales como el secuestro, el embargo y demás, que impidan o pongan fin a todo atentado contra la intimidad de la vida privada; cuando haya urgencia, dichas medidas podrán dictarse mediante el procedimiento del *référé*. En suma, como se ha señalado ya, el legislador ha consagrado la elaboración jurisprudencial preexistente.

Si bien desde 1970, la jurisprudencia sigue desarrollándose en la dirección "clásica" ya mencionada, en cambio, en la doctrina va expresándose el sentimiento de que se trata del amanecer de una nueva etapa jurisprudencial que abrirá paso a un derecho general de la personalidad. En el nuevo enfoque así esbozado, el simple hecho de atentar contra un derecho subjetivo sería reprensible, sin que la víctima tuviese que probar una falta del autor, ni establecer que haya sufrido un perjuicio.

Por el momento —concluye el autor—, sería prematuro afirmar que la motivación profunda de decisiones judiciales significativas conducirá, de manera concreta, "más allá de la protección a la intimidad de la vida privada, tal como está asegurada hoy".

Monique LIONS

INTERDONATO, S. J., Francisco, "Relaciones de la Iglesia y el Estado en la nueva Constitución del Perú", *Derecho*, Lima, núm. 35, 1981, pp. 87-95.

La nueva Constitución del Perú —promulgada el 12 de julio de 1979, y en vigor desde el 20 de julio de 1980— regula las relaciones entre el Estado y la Iglesia, sin apartarse de los principios generales que ha fijado en este dominio el Concilio del Vaticano II.

Después de exponer la doctrina asentada por el referido concilio ecuménico y de señalar las formas de colaboración recíproca que deben establecerse entre el poder temporal y el espiritual, el autor se propone examinar la fórmula que adopta la nueva carta peruana.

I. LA DOCTRINA DEL VATICANO II

El concilio ha tratado principalmente el tema en un documento,

Dignitatis Humanae, “De la dignidad de la persona humana”, en el punto número 2, titulado “Declaración sobre la libertad religiosa”. Este texto asienta tres principios fundamentales: a) la persona humana tiene derecho a la libertad religiosa; b) esta libertad consiste en estar inmune de coacción, y c) la libertad religiosa está fundada en la dignidad de la persona humana.

La libertad religiosa consiste, pues, por parte de los poderes públicos, en no obligar a nadie a ir contra su propia conciencia, y por parte del individuo, en no ser impedido de actuar conforme a su propia conciencia. Este derecho debe analizarse como una de las proyecciones de la dignidad de la persona, puesto que ésta, sin libertad religiosa, es privada de su prerrogativa esencial: disponer de sí misma frente al mundo, la sociedad y la divinidad.

II. LOS PRIVILEGIOS (OTORGADOS POR LA CONSTITUCIÓN DE 1933) A LOS QUE HA RENUNCIADO LA IGLESIA

Con el fin de asegurar a la libertad religiosa las mejores condiciones posibles, el concilio ha asentado como regla general que la Iglesia debe renunciar a los privilegios de que pudiera gozar en los países de mayoría católica: “La Iglesia no pone su esperanza en privilegios dados por el poder civil; más aún, renunciará al ejercicio de ciertos derechos legítimamente adquiridos tan pronto como conste que su uso puede empañar la pureza de su testimonio o que las nuevas condiciones de vida exijan otra disposición.”

En consecuencia, la Iglesia peruana propuso a la Asamblea Constituyente eliminar de la nueva Constitución el privilegio que le otorgaba el artículo 232 de la carta de 1933, que disponía: “Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la religión católica, apostólica y romana. Las demás religiones gozan de la libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos.”

En efecto, teológica y jurídicamente, no puede haber verdadera libertad religiosa si el Estado “protege” una confesión en particular, o sea que le otorga un régimen preferencial. El deber del Estado es, pues, el de respetar todas las religiones que profesen sus súbditos —lo que implica también el respeto a las conciencias ateas. Ésta es la interpretación correcta del concepto de libertad religiosa que se fundamenta en la dignidad de la persona, y no en la verdad intrínseca de la religión. Al Estado no le compete pronunciarse en este dominio, sino que, ante él, todas las confesiones deben ser iguales en derechos, así como las personas que no profesan fe alguna. Entiéndase sin embargo claramente

—subraya el autor— que “no son la verdad o el error que merecen igualdad de derechos, sino las conciencias de los individuos”.

De lo anterior se concluye, y así lo refleja el nuevo texto constitucional, que el Estado no debe ser confesional, es decir declarar que una religión determinada es “religión del Estado”. La confesionalidad era una constante del mundo antiguo, teocrático por excelencia; hoy en día, después de un largo proceso que no ha concluido aún, está desapareciendo lentamente, si bien existen Estados con religiones oficiales, como el islam, el budismo, el judaísmo, y también, en ciertos países, el catolicismo —a pesar de las directivas establecidas por el Vaticano II.

III. LOS PRIVILEGIOS A LOS QUE HA RENUNCIADO EL ESTADO PERUANO

En sus artículos 123, 154 y 233, la carta de 1933 otorgaba a los poderes públicos una serie de prerrogativas que no figuran en la nueva Constitución.

Estas prerrogativas o facultades eran conocidas como el “patronato nacional” —que sucedió, con la República, al “patronato regio”—. Era el derecho, concedido por la Santa Sede a los reyes de España desde el principio de la Colonia, de proponer a sus candidatos para los diversos cargos, dignidades y beneficios eclesiásticos, a cambio del patronato (protección privilegiada) que los soberanos ejercían en favor de la acción de la Iglesia. Al acceder a la independencia, el Estado peruano solicitó conservar este mismo patronato, convertido en “nacional”.

En Perú, la injerencia del Estado en este dominio resultó ser particularmente nefasta, como lo denunció en 1931 V. A. Belaúnde: “El gran cáncer de la Iglesia colonial fue su sometimiento al rey; la gran desgracia de la Iglesia durante la República ha sido su dependencia del presidente y los nombramientos episcopales por el Congreso. El resultado ha sido las infelices designaciones eclesiásticas, la unión de la política y la religión.” En efecto, “durante la República —apunta el autor—, el daño fue muy real porque el Patronato fue revestido de una ideología teológico-filosófico-política, conocida con el nombre general de *regalismo*...”. En nombre del regalismo, los poderes públicos exigían regalías, es decir, privilegios específicos en favor del Estado: designación de obispos y arzobispos, creación de obispados y arzobispados, presentación de candidatos para las dignidades de las iglesias catedrales y para los curatos y demás beneficios eclesiásticos, etcétera —privilegios que consagraba la Constitución de 1933.

En la carta de 1979 desaparece esta censurable asociación de lo religioso con lo político.

IV. LAS RELACIONES DE LA IGLESIA Y DEL ESTADO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

1. *El deísmo en la nueva Constitución.* El preámbulo de la ley fundamental comienza “invocando la protección de Dios”, a ejemplo de todas las cartas anteriores que se han aprobado a partir del Congreso de 1822. “Esta profesión teísta —estima el autor— está en perfecta consonancia con el nuevo ordenamiento propiciado por el Vaticano II que, si bien propugna la separación de la Iglesia y el Estado, de ninguna manera entiende ‘separación’ como ‘indiferencia’ y mucho menos como ‘ruptura’.” Por otra parte, el nuevo texto reconoce los derechos de la conciencia atea, al disponer: “El ciudadano que no profesa creencia religiosa puede prescindir de la invocación de Dios en su juramento” (artículo 63).

2. *La libertad y la igualdad religiosas* tienen un doble aspecto, negativo y positivo.

Por una parte, la Constitución prohíbe “toda discriminación por razones de sexo, raza, credo...” en el preámbulo, y también en el artículo 2.2, en términos idénticos; además, reconoce el derecho de todos “a guardar reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas y religiosas...” (artículo 2.17), y dispone que “la extradición será rechazada si es... por motivos de raza, religión...” (artículo 109). Por otra parte, el nuevo texto proclama expresamente la libertad y la igualdad religiosas: “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión... El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda a la moral o no altere el orden público” (artículo 2.3).

3. *Las relaciones Iglesia-Estado.* El artículo 86 constitucional establece: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración. El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras confesiones.”

El autor estima que es “un acierto esta formulación, porque da en el verdadero espíritu de la doctrina del Vaticano II, el cual, ciertamente, no quiere la confesionalidad, pero tampoco la pura y simple separación”.

Dicho de otro modo, el Estado peruano ha dejado de ser confesional para convertirse en un Estado “laico”, pero con el importante matiz de que no se trata de un Estado que se declara indiferente en materia de confesión y considera que los valores religiosos son del dominio exclusivo de la conciencia individual —como ocurre en varios Estados

de Europa, como en Francia, y en algunos países de América Latina, como México y Ecuador, por ejemplo—. En cambio en Perú, la situación es *sui generis*; en efecto —prosigue el autor—, el Estado “no sólo no debe obstaculizar el fin último de la persona, sino que no debe ser indiferente y debe contribuir *indirectamente...*” a la salvación de sus súbditos.

En estas condiciones, es obvio que el carácter laico del Estado peruano es muy relativo, pues éste reconoce la importancia de la Iglesia católica en la vida nacional, y está dispuesto a prestarle su colaboración. En suma, y dejando a un lado las discusiones bizantinas, no se trata de un Estado indiferente religiosamente. En efecto, del referido artículo 86 se desprende que no existe ninguna separación del Estado y de la Iglesia, pues instituye expresamente “un régimen de independencia y autonomía” entre el poder civil y el poder espiritual, caracterizado por una mutua cooperación —conforme a las directivas del Vaticano II.

A manera de conclusión, el autor señala que el “Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú” de 19 de julio de 1980 ha consagrado el principio constitucional, o sea que asienta varias formas de colaboración Iglesia-Estado.

Monique LIONS

IZDEBSKI, Hubert, “L'évolution des droits des citoyens en Pologne Populaire (1944-1980)”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, vol. 33, núm. 4, octubre-diciembre de 1981, pp. 989-1011.

Este trabajo constituye, en cuanto a su objeto, un ensayo de análisis de las fuentes jurídicas, doctrina y expresiones particulares de los derechos y libertades de los ciudadanos polacos durante treinta y seis años de existencia y evolución de la República Popular de Polonia.

Así, por lo que hace a las fuentes jurídicas, el autor se refiere a los textos constitucionales, a la legislación, a la jurisprudencia, a los tratados internacionales y al “Contrato social” de 1980.

Dentro de los textos constitucionales, analiza el *Manifiesto del Comité Polaco de Liberación Nacional*, del 22 de julio de 1944, en tanto que fuente primaria y fundamental del derecho de Polonia Popular, y compara sus principios con los de la Constitución del 17 de marzo de 1921, cuyas libertades democráticas fueron reestablecidas, fijándoles sus límites, por dicho *Manifiesto*, el cual, además, agregó ciertos dere-

chos económicos y sociales, como el derecho a la seguridad social y el derecho a la educación. Después, alude a la Declaración para la Realización de los Derechos y Libertades de los Ciudadanos, del 22 de febrero de 1947; a la Constitución de la República Popular de Polonia, del 22 de julio de 1952, la cual, inspirada en la Constitución soviética de 1936, dio preeminencia a los derechos económicos y sociales, y, finalmente, a la importante revisión constitucional del 16 de febrero de 1976, cuyo texto es el vigente.

Respecto de la legislación, señala que son las leyes, votadas por la Dieta (es decir, el Congreso), y los decretos con fuerza de ley, dictados por el Consejo de Estado, bajo reserva de su aprobación, posterior por la Dieta, los que definen los derechos y libertades de los ciudadanos, establecen sus garantías institucionales y determinan sus restricciones.

Al referirse a la jurisprudencia, hace hincapié en que, si bien por un lado debe reconocerse que el sistema de "derecho escrito" circunscribe a los tribunales a la mera aplicación del derecho, además de que las atribuciones de los mismos siempre han sido restringidas en materia de derechos humanos, por el otro, se espera que la ley del 31 de enero de 1980, que crea el Tribunal Nacional de Administración y revisa el Código de Procedimientos Administrativos no Contenciosos, habrá de aportar cambios importantes respecto a la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Entre los tratados y convenciones relativos a la posición del ciudadano frente al Estado, el autor alude a las convenciones suscritas en el marco de la Organización Internacional del Trabajo y a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Por último, dentro de esta parte, el autor se refiere al "Contrato social" de 1980, entendiendo por tal los acuerdos firmados en agosto y septiembre de 1980 por los comisionados del gobierno polaco y los representantes de los obreros de Gdansk, Szczecin y Jastrzebie, a fin de remontar la crisis política, resultante de las crisis económica y social, las cuales, desde julio de 1980, se manifestaron por importantes movimientos de huelga. Estos acuerdos, según el autor, fueron generalmente considerados como una fuente *sui generis* del derecho polaco, en la medida en que, entre otras cosas, obligaban al gobierno a garantizar la libertad sindical, el derecho de huelga, la libertad de prensa y la libertad de expresión.

En seguida, el profesor Izdebski aborda la evolución de la doctrina, en la cual pueden distinguirse cuatro periodos perfectamente delimitados por los cambios ocurridos más en la esfera política que en la de las transformaciones jurídicas. Tales periodos son: el primero, que du-

ra hasta 1948, en que los conceptos teóricos de los derechos y libertades seguían, hasta cierto punto, las concepciones democráticas de la preguerra; el segundo, que va de diciembre de 1948 hasta 1956, en que la concepción de la democracia popular experimentó una considerable transformación, lo que, a su vez, implicaba una nueva concepción de los derechos y libertades de los ciudadanos que remontaban a la Declaración soviética de los derechos del pueblo trabajador y oprimido de 1918; el tercero, que dio comienzo en 1956 y habría de prolongarse hasta finales de 1970, en que se renunció a la práctica de la época llamada "estaliniana" y se exigía la democratización, la descentralización y el respeto del principio constitucional de legalidad; y, el cuarto, caracterizado tanto por los acontecimientos de 1970, cuya consecuencia fue la caída del equipo en el poder, como por los de 1976, que demostraron la falta de confianza de buena parte de los trabajadores respecto del poder, así como por la ratificación de los pactos internacionales sobre derechos humanos y por la actual crisis política, económica y social, desencadenada a partir de 1980.

En la última parte de su trabajo, el profesor Izdebski se ocupa del examen de diversas expresiones particulares de los derechos y libertades de los ciudadanos polacos, con base en la citada reforma constitucional de 1976. Así, sucesivamente, analiza la igualdad de derechos, los derechos políticos, los derechos que la Constitución califica como "personales", es decir la inviolabilidad de la persona y del domicilio, el secreto de la correspondencia, etcétera, y, finalmente, los derechos económicos y sociales.

Al concluir, el autor hace una relevante recapitulación de lo expuesto, y afirma, entre otras cosas, que la historia política y social de Polonia después de la Segunda Guerra Mundial no se caracteriza por una progresión ascendente e ininterrumpida, sino que, al contrario, este país ha sufrido varias crisis políticas que habrán de tener por resultado importantes cambios en materia de derechos y libertades del ciudadano. Sin embargo, aclara, ello no significa ni permite concluir que la evolución de éstos se haya desarrollado de una manera accidental, ya que, a lo largo de la historia reciente de este país, se han mantenido un mismo régimen político, económico y social, así como una considerable continuidad de las ideas y principios directrices sobre los derechos y libertades del ciudadano, independientemente de que éstos se encuentren lejos de su plena realización.

LAMPUÉ, Pierre, "Le rôle des tribunaux français dans l'application de la Déclaration des Droits de l'Homme et du préambule constitutionnel", *Revue Juridique et Politique*, Paris, núm. 1, enero-marzo, 1982, pp. 502-513.*

El sistema francés descarta la posibilidad de un control de la constitucionalidad de las leyes —si bien, desde 1959, un órgano especializado, el Consejo Constitucional, puede ejercer cierta categoría de control—. Es, pues, esencialmente contra los abusos y los descuidos de las autoridades dependientes del poder ejecutivo que se ejerce la protección jurisdiccional de las libertades.

1. *La ley*. Los tribunales del orden administrativo (mediante el recurso por exceso de poder, el recurso contencioso y el de casación) y los del orden judicial (garantías penales, derechos de la defensa y excepción de ilegalidad) aseguran la protección de los derechos de la persona, al estatuir con base en las leyes. En efecto, las leyes son las que definen y organizan las diferentes libertades, principalmente la libertad de conciencia y de cultos, las libertades de reunión, asociación y prensa, la libertad sindical, etcétera. Por su parte, el Código Procesal Penal establece las principales reglas protectoras de la seguridad personal. En resumidas palabras, en materia de libertades, el papel de la ley es más importante que el de la Constitución.

2. *Sin embargo, en este dominio*, la Constitución de 4 de octubre de 1958 establece dos series de disposiciones notables. En el referido documento, figuran varias reglas, bajo diferentes títulos, que concierne a los derechos de la persona: *a)* igualdad ante la ley, no discriminación y "libertad de creencias" (artículo 2); *b)* a la ley le compete fijar las reglas relativas a "los derechos cívicos y las garantías fundamentales de los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas" (artículo 31); y, *c)* la autoridad judicial, "guardiana de la libertad individual", asegurará el respeto al principio de que "nadie podrá ser detenido arbitrariamente" (artículo 66). Por su parte, el preámbulo de la Constitución, párrafo primero, establece: "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946." Esta doble referencia no ha dejado de suscitar divergencias de interpretaciones e indecisiones, como vamos a ver.

La Declaración, adoptada el 26 de agosto de 1789, encabezaba la

* Ponencia presentada en el XIVe Congrès de l'I.D.E.F. sobre "Les Mécanismes Juridiques de Protection des Droits de la Personne", celebrado en Montreal, Canadá, del 12 al 19 de septiembre de 1981.

Constitución de 1791, la que desapareció en 1792, y es de subrayar la omisión sorprendente de que fue objeto, pues las cartas posteriores no hicieron referencia alguna al contenido del documento. Después de siglo y medio, la Constitución de 1946 ha vuelto a dar vida, en su preámbulo, a la Declaración —cuyo prestigio histórico e influencia política habían permanecido, pese al silencio de los textos constitucionales—, al reafirmar solemnemente “los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la Declaración de derechos de 1789...” Con la carta de 1958 ha surgido el problema de determinar si las disposiciones de la Declaración y del preámbulo de la ley fundamental de 1946 establecían reglas con fuerza jurídica positiva, o si debían analizarse tan sólo como la formulación de una filosofía política. En la doctrina, hoy en día, prevalece la opinión de que las referidas disposiciones constituyen un cuerpo de reglas jurídicas de derecho positivo, con rango de normas constitucionales con base en la Constitución de 1958.

3. *Por su parte, los tribunales judiciales*, cuando tuvieron la oportunidad de pronunciarse, han reconocido la fuerza jurídica de las reglas establecidas por la Declaración y el preámbulo constitucional.

Así es como una decisión del tribunal de primera instancia del Sena (22/1/1947) invoca “las reglas de orden público de la Constitución de 27 de octubre de 1946” para anular una disposición testamentaria que preveía la revocación de un legado en el caso de que la legataria contrajera matrimonio con una persona de una religión determinada; esta cláusula —estimó el tribunal— era contraria al principio de la igualdad de las personas, “sin distinción de raza, religión o creencia”, que formula el preámbulo.

En materia de derecho de huelga, las decisiones más notables han establecido que la huelga en sí misma no es causa de ruptura del contrato de trabajo, al invocar “los derechos que el preámbulo de la Constitución confiere a los asalariados”. La misma Corte de Casación, en una sentencia de 1952, ha consagrado esta referida jurisprudencia, al mencionar “el reconocimiento, por la Constitución de 1946, del derecho de huelga”; y hasta la fecha, dicha jurisprudencia sigue constante en este dominio.

Numerosas decisiones de apelación también han consagrado la fuerza jurídica de las disposiciones de la Declaración de 1789 y del preámbulo constitucional de 1946, en materia de derecho de propiedad y de libertad de expresión, entre otros.

4. *Las intervenciones de la jurisprudencia administrativa* son muy frecuentes en este dominio, pues su misión principal es la de asegurar el control de la legalidad de los actos de la administración. Pero para

determinar el carácter jurídico de las disposiciones a las que se refiere la Constitución, el Consejo de Estado no siempre se ha inspirado en la concepción adoptada por los tribunales judiciales.

En varias decisiones el Consejo ha considerado que las referidas disposiciones establecen reglas de derecho aplicables por sí mismas, como todas las prescripciones dictadas por un texto legislativo o constitucional.

En otros casos ha interpretado dichas disposiciones solamente como elementos que revelan, o contribuyen a revelar, la existencia de "principios generales del derecho", es decir aquellos que se desprenden de un conjunto de textos entre los que figuran los principios establecidos por la Constitución.

El primer método se ha aplicado cuando el texto era redactado con claridad y precisión; en cambio, el segundo método ha prevalecido cuando el texto suscitaba dudas e incertidumbres, por lo que era necesario integrarlo en una construcción más amplia.

a) El Consejo de Estado ha reconocido el carácter de regla jurídica a diferentes disposiciones de la Declaración y del preámbulo.

Es el caso, entre otros, de la disposición relativa al derecho de huelga —ya mencionado con motivo de la jurisprudencia de los tribunales judiciales—. Ante el juez administrativo, se trataba de determinar si la referida disposición autorizaba la interrupción concertada del trabajo por parte de los agentes públicos. En un *arrêt* de 7 de julio de 1950, el Consejo estimó que esta disposición debía analizarse como "el reconocimiento del derecho de huelga", si bien este reconocimiento no excluía ciertas limitaciones, para evitar el uso abusivo del referido derecho.

Un *arrêt* de 7 de junio de 1957 se apoya en diversos artículos de la Declaración para averiguar si las prescripciones de un decreto, argüido de ilegal, eran contrarias o no a los referidos artículos.

En otras circunstancias, la alta jurisdicción administrativa funda su decisión en la concordancia de dos textos, el del preámbulo y el de una ley. Este método se ha aplicado principalmente para asegurar el respeto al principio de la igualdad del hombre y de la mujer en cuanto al acceso a los empleos públicos: tanto el preámbulo como la ley sobre el estatuto de los funcionarios establecen dicho principio. En cambio, cuando se trata de agentes de una empresa pública que no tienen la calidad de funcionarios —caso en el que no puede invocarse dicha ley—, el Consejo de Estado fundamenta su decisión en el preámbulo únicamente.

b) El método al que acude el Consejo para dar efectividad a las fórmulas que no constituyen por sí mismas la base de un control de

legalidad de los actos administrativos, consiste en interpretarlas como la prueba de la adhesión del constituyente a principios cuya fuerza deriva también de textos legislativos. La jurisprudencia administrativa anterior a 1946 ya admitía la autoridad de los principios generales del derecho; ello se explicaba generalmente por la idea de que estos principios se desprendían de un conjunto de leyes que, sin formularlos expresamente, suponían su existencia: procediendo por inducción, el juez podía descubrirlos. Esta teoría es la que la jurisprudencia ha desarrollado y enriquecido, al invocar elementos tomados de la Declaración de 1789 y del preámbulo de la carta de 1946.

Así es como un *arrêt* de 25/1/1957 fundamenta la regla de la igualdad de los funcionarios ante su estatuto en "los principios generales del derecho tal como resultan principalmente del preámbulo de la Constitución". Se encuentran fórmulas análogas en varias decisiones relativas al principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas.

Es preciso señalar la notable decisión de 8/12/1978 mediante la cual el Consejo de Estado ha anulado una medida reglamentaria que disponía que el cónyuge y los hijos menores de un extranjero trabajando en Francia, no podrían internarse en el país siempre que no renunciaran a solicitar un empleo. El *arrêt* declara que "resulta de los principios generales del derecho, y principalmente del preámbulo de la Constitución de 1946 al que se refiere la Constitución de 1958", que los extranjeros residentes en Francia tienen, como los nacionales, el derecho de llevar una vida familiar normal, lo que implica el derecho de reunirse con el cónyuge y los hijos menores, sin que a éstos se les pueda prohibir buscar empleo. El principio así consagrado deriva de la fórmula del preámbulo de 1946, según la cual "la nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo", a la par que se apoya en el conjunto de la legislación familiar, contenida en el Código de Familia y el Código Civil. El principio general, pues, se define tanto por deducción de los términos del preámbulo como por inducción de las reglas establecidas por actos legislativos.

Además —consecuencia lógica y graciosa—, el derecho de reunirse con su familia, así definido por el juez administrativo, se ha reconocido también a las dos esposas de un extranjero establecido en Francia, desde el momento que los matrimonios habían sido contraídos regularmente en un país cuya legislación admite la poligamia.

LECLERCQ, Claude, "Le Conseil constitutionnel et la protection des droits de la personne en France", *Revue Juridique et Politique*, París, núm. 1, enero-marzo, 1982, pp. 516-528.*

Una de las innovaciones más notables de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 ha sido la creación de un Consejo Constitucional, encargado de examinar la conformidad de las leyes con la Constitución. Nunca antes se había instituido semejante control —con excepción de algunos intentos tímidos y efímeros—, en nombre del principio de la soberanía del Parlamento.

Desde hace una década, el Consejo Constitucional se ha afirmado como el mejor protector de los derechos y libertades garantizados por la ley fundamental. Al mismo Consejo es al que se debe la evolución y la transformación de su papel, en la medida en que, a partir de 1971, la alta jurisdicción se ha atribuido el derecho de extender su control no únicamente al texto estricto de la Constitución, sino también a su preámbulo que se refiere expresamente a dos textos fundamentales que garantizan al individuo derechos y libertades esenciales.

Después de examinar la importancia y el contenido de la jurisprudencia del Consejo Constitucional sobre la protección de los derechos de la persona, el autor se propone señalar el desarrollo de esta jurisprudencia, así como la extensión del derecho de *saisine* (derecho de someter un texto al examen de una jurisdicción).

I. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

El Consejo Constitucional está integrado por nueve miembros cuyo mandato es de nueve años y no será renovable: tres son nombrados por el presidente de la República, tres por el presidente del Senado, y tres por el de la Asamblea Nacional (artículo 56 constitucional). Por otra parte, este mismo artículo prevé que los antiguos presidentes de la República serán miembros vitalicios de derecho; en consecuencia, hoy en día el Consejo cuenta un décimo miembro: Valéry Giscard d'Estaing, tercer presidente (1974-1981) de la V República.

El Consejo no es solamente un juez constitucional, es también un juez electoral. En efecto, el Consejo es juez del contencioso electoral en materia de elección de los diputados y senadores (artículo 59), así como en materia de incompatibilidades parlamentarias; además, el Con-

* Ponencia presentada en el XI^{ve} Congrès de l'I.D.E.F. sobre "Les mécanismes juridiques de protection des droits de la personne", celebrado en Montreal, Canadá, del 12 al 19 de septiembre de 1981.

sejo vela por la regularidad de la elección del presidente de la República y de las operaciones de referéndum, "cuyos resultados proclama" (artículos 57 y 60).

En materia constitucional, el Consejo debe opinar acerca de dos prerrogativas presidenciales: sobre la aplicación del artículo 16 —que confiere al jefe del Estado poderes excepcionales—, así como sobre la oportunidad de las medidas que el presidente dicte durante aquel periodo. En fin, a solicitud del gobierno, el Consejo "averigua" la existencia de un impedimento por parte del presidente de la República para ejercer la función presidencial: dos veces, en 1969 y en 1974, el Consejo ha hecho constar la vacancia de la presidencia, a consecuencia de la dimisión del presidente Charles de Gaulle y del fallecimiento del presidente G. Pompidou, respectivamente.

En materia constitucional también y principalmente, el Consejo es juez obligatorio de la constitucionalidad de los reglamentos de las asambleas parlamentarias y de las leyes orgánicas, y juez facultativo de las leyes ordinarias y de los tratados. Por otra parte, el control del Consejo se ejerce siempre *a priori*, "antes de la promulgación", es decir que es especialmente eficaz: una ley declarada inconstitucional, en todo o en parte (aunque fuera una sola disposición), no podrá ser promulgada ni aplicada (artículo 62).

Pero es preciso señalar que la *saisine* (derecho de someter un texto al examen de un juez) del Consejo pertenece a un grupo reducido de personas: el presidente de la República, el primer ministro, los dos presidentes de las cámaras, y, desde la revisión constitucional de 29 de octubre de 1974, un grupo de sesenta diputados o sesenta senadores. Esta *saisine* restringida limita necesariamente el papel de juez constitucional del Consejo; sin embargo, ello no impidió que la alta jurisdicción censurara, en su importante decisión de 16 de julio de 1971, una ley contraria a los derechos y libertades. En resumidas palabras, la referida decisión y la ampliación de la *saisine* del Consejo constitucional son el origen del desarrollo notable del papel del Consejo, como juez protector de los derechos y libertades garantizados por la Constitución.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA (LA DECISIÓN DE 17 DE JULIO DE 1971)

Hoy en día, el Consejo Constitucional asegura la protección tanto de los ciudadanos franceses como de los extranjeros contra las disposiciones arbitrarias que el legislador introduzca eventualmente en una ley, trátase de derechos individuales o colectivos.

Recordemos que la enumeración de los derechos de la persona no se

encuentra en el cuerpo de la Constitución de 1958, sino en su preámbulo —muy breve, por cierto— que hace referencia expresa a la Declaración de Derechos de 1789 (derechos individuales y libertades públicas) y al preámbulo de la carta de 1946 (derechos económicos y sociales). Ahora bien, durante la primera década de la V República, generalmente —pues la tendencia contraria no tardó en manifestarse— las disposiciones de la Declaración como del preámbulo de 1946 se han analizado como una fuente de inspiración, más que como un cuerpo de reglas de derecho con fuerza jurídica. En consecuencia, entre 1959 y 1971, el Consejo Constitucional ha asumido la función de un órgano regulador de las competencias respectivas del poder legislativo y del ejecutivo, es decir, que se dedicó a delimitar el dominio de la ley y el del reglamento, velando así por el respeto a las atribuciones del Parlamento y del gobierno, en los términos de los artículos 37 y 41 constitucionales.

Repentinamente, en 1971, el Consejo ha realizado una verdadera “revolución jurídica”, al afirmar su competencia para controlar la conformidad de las leyes, no solamente con el texto de la Constitución *stricto sensu*, sino también con su preámbulo “que se refiere a la Declaración de 1789 y al preámbulo de la Constitución de 1946”. En efecto, previa iniciativa del presidente del Senado —relativa al texto reformatorio de la ley de 19 de julio de 1900 sobre las asociaciones, que sometía la libertad de asociación al *control preventivo* del juez judicial, sustituyendo así el régimen represivo por el preventivo—, el Consejo declaró la ley inconstitucional en parte, al invocar “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, fórmula que aparece en el preámbulo de la carta de 1946, y entre los que figura la libertad de asociación.

En lo esencial, la decisión de 17 de julio de 1971 ha asentado que, de ahora en adelante, el preámbulo de 1958, “que se refiere a la Declaración de 1789 y al preámbulo de 1946”, se encontraba integrado en el texto de la Constitución y revestía el mismo valor y la misma fuerza jurídica en tanto que norma suprema.

Ahora bien, ¿cuáles son los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República? Se trata de todas las grandes leyes relativas a las libertades públicas, votadas durante las tres primeras repúblicas, siendo las más importantes las que se expidieron durante la III República (1875-1940).

La decisión de 1971 debe analizarse como una etapa capital que ha influido de manera determinante la concepción del propio Consejo sobre su papel y su misión de protector de los derechos de la persona, como una serie de decisiones posteriores lo han confirmado a partir de 1973.

III. EL DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO EN MATERIA DE DERECHOS DE LA PERSONA Y LA EXTENSIÓN DE LA "SAISINE" (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 29 DE OCTUBRE DE 1974)

Esta reforma es esencial. En efecto, autoriza, además de los primeros cuatro personajes del Estado, a un grupo de sesenta diputados o sesenta senadores para someter al Consejo las leyes ordinarias antes de su promulgación; gracias a esta reforma, la jurisprudencia del Consejo Constitucional ha tenido un desarrollo excepcional en el dominio de la protección de los derechos individuales y colectivos. La ampliación del derecho de *saisine*, al conferir una tutela nueva a los derechos de las minorías parlamentarias, iba a permitir que la alta jurisdicción constitucional sacara todas las consecuencias de su decisión de 1971. Así es como, al transcurrir unos pocos años, el Consejo ha reconocido y consagrado dos grandes categorías de libertades y derechos: las libertades clásicas, vinculadas con la tradición liberal de 1789, y los derechos económicos y sociales, proclamados en el preámbulo de la carta de 1946.

1. *En materia de libertades clásicas*, entre otros casos, el Consejo ha afirmado y reafirmado la libertad individual, en su decisión de 12/1/1977, al declarar contraria a esta libertad la inspección de vehículos tendente a prevenir las infracciones penales; en su decisión de 15/1/1975, con motivo de la ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo, el Consejo ha conferido valor constitucional a la libertad de conciencia, proclamada por la Declaración de 1789.

En lo que al principio de la igualdad respecta, su valor constitucional ha sido afirmado por primera vez en una decisión de 27/10/1973, relativa a la tasación de oficio en materia tributaria; en una decisión de 1976 relativa al estatuto de los funcionarios, el Consejo ha consagrado el principio de la igualdad de acceso del hombre y de la mujer a los empleos públicos.

2. *En el dominio de los derechos económicos y sociales*, el Consejo ha afirmado la existencia de un derecho a la salud (15/1/1975), y del derecho del trabajador de participar a través de sus delegados en la determinación colectiva de las condiciones del trabajo y en la gestión de la empresa (5/7/1977 y 18/1/1978).

De la misma manera, el Consejo ha dado valor constitucional al derecho de huelga, en sus decisiones de 25/7/1979 y 22/7/1980.

Por último, en una decisión de 9/1/1980, concerniente a la legislación relativa a la inmigración, el Consejo ha conferido valor constitucional al derecho de asilo, es decir que, lejos de limitarse a tutelar a los nacionales, la alta jurisdicción ha extendido su protección a las personas extranjeras.

CONCLUSIÓN

Al concluir, el autor recuerda dos principios generales y específicos que caracterizan la alta jurisdicción. Por una parte, el Consejo Constitucional no es un órgano de decisión política, sino que su función es la de "decir el derecho", de averiguar si una ley viola un derecho de la persona o una libertad fundamental; por otra parte, las decisiones del Consejo son inapelables y se imponen a los poderes públicos (presidente de la República, gobierno y Parlamento), así como a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

Monique LIONS

LINOTTE, Didier, "Les nationalisations de 1982 (Loi no. 82-155 du 11 février 1982, *J.O.*, 13 février, p. 566)", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, París, núm. 2, marzo-abril, 1982, pp. 435-456.

"Las nacionalizaciones constituyen uno de los puntos de convulsión ideológica del debate jurídico francés" —advierte y previene el autor, profesor de derecho público de la Universidad de Aix-Marseille III—; ciertamente, es algo difícil tratar este tema. Por otra parte, la importancia de las nacionalizaciones que la ley francesa de 11 de febrero de 1982 acaba de realizar, la dimensión de las cuestiones jurídicas que suscita la aplicación de este programa y el peso de las consecuencias de toda clase que no dejará de producir, no permiten agotar el tema de una sola vez. Por ello, el autor se limitará a esbozar "una simple presentación del contexto jurídico en el que se ha llevado a cabo la nacionalización, así como de la economía general del texto de la ley".

I. EL CONTEXTO DE LA NACIONALIZACIÓN

Es preciso destacar que estas nacionalizaciones proceden directamente del cambio presidencial, gubernamental y parlamentario que se ha producido en Francia en la primavera de 1981, con la llegada a la presidencia de la República de François Mitterrand, líder del Partido Socialista.

1. *Las nacionalizaciones*, en formas diversas, figuraban en el Programa común de gobierno de la izquierda, en el proyecto socialista y en la plataforma electoral del candidato F. Mitterrand. La primera consagra-

ción jurídica de la intención política de nacionalizar la constituyó el nombramiento, en el gobierno de P. Mauroy, de un secretario de Estado "encargado de la extensión del sector público". Dicho concepto abarca un dominio más amplio que el de la nacionalización, si bien ésta es el elemento esencial, pero aquél incluye además la adquisición de participación —y hasta de control— en el capital de ciertas sociedades.

2. *Nacionalizar, ¿para qué?* En la exposición de los motivos del proyecto de ley de nacionalización, las justificaciones son esencialmente de orden económico: las palabras claves del texto son "crisis, desempleo, política industrial, desarrollo económico, inversión, productividad"; en resumidas palabras, la eficacia de la economía de mercado, la competitividad y el dinamismo industrial exigen las nacionalizaciones. Cabe señalar que esta exposición de motivos no hace referencia alguna, implícita o explícita, a argumentos ideológicos clásicos de la izquierda, como la apropiación colectiva de los medios de producción o el carácter social de la nacionalización.

3. Ciertamente, *el nacionalizar cinco grandes grupos industriales, treinta y nueve bancos y dos compañías financieras* suscita obviamente numerosas dificultades de orden jurídico, tanto en el dominio del derecho interno como en el del derecho internacional y europeo.

a) *En derecho interno*, el contexto jurídico de las nacionalizaciones está sometido al principio de competencia legislativa y a las consecuencias que éste implica en materia de procedimiento parlamentario, y *a priori* a la opinión del Consejo de Estado, así como *a posteriori* al control del Consejo Constitucional.

En efecto, el artículo 34 constitucional establece que "la ley determinará las reglas relativas: ... a las nacionalizaciones de empresas...". Este principio de la competencia exclusiva del legislador en este dominio —principio cuyo respeto aseguran tanto el Consejo de Estado como el Consejo Constitucional— equivale a destacar en lo absoluto toda intervención del poder reglamentario en este dominio: el Parlamento y solamente él puede dictar medidas en materia de nacionalización.

Como era de preverse por parte de la oposición, durante el procedimiento parlamentario de discusión de la ley de nacionalización se han suscitado un sinnúmero de cuestiones previas, mociones de improcedencia, múltiples enmiendas, rechazos del Senado, reuniones de la comisión mixta paritaria, declaraciones de urgencia, mociones de censura y planteamiento de la responsabilidad política del gobierno.

Sometido obligatoriamente al previo examen del Consejo de Estado, el texto relativo a las nacionalizaciones, una vez convertido en ley, iba a atraerse la censura parcial del Consejo Constitucional; ambos exámenes jurídicos críticos se han basado principalmente en la Declaración

de derechos de 1789, a la que se refiere el preámbulo de la Carta de 1946, el que ha sido incorporado al orden jurídico francés por la Constitución de 1958, actualmente vigente.

En su dictamen de 17 de septiembre de 1981, el Consejo de Estado ha destacado varios problemas jurídicos importantes. En lo concerniente a la indemnización, la alta jurisdicción administrativa se ha pronunciado en favor de un cálculo que se efectuare no solamente con base en la cotización promedio de la Bolsa de las acciones de las sociedades nacionalizables, sino que incluyere también la situación contable y la utilidad promedio de las empresas. Por otra parte, en nombre del principio de la igualdad de tratamiento, el dictamen censuraba la exclusión de los bancos extranjeros del campo de la nacionalización.

Sobre estos dos puntos, el juez constitucional ha adoptado soluciones jurídicas diferentes de las del Consejo de Estado. Las dos decisiones del Consejo Constitucional, de 16 de enero y 11 de febrero de 1982, revisten una importancia sin precedente en este dominio.

La primera decisión reconoce el carácter constitucional del principio de nacionalización; el juez de la constitucionalidad ha optado por ejercer solamente "un control mínimo sobre la necesidad pública de las nacionalizaciones decididas por el legislador", pues no pretende sustituir su propia apreciación a la de los poderes públicos competentes. Ello no impide que, dado el caso en el futuro, este control se extienda "al error manifiesto de apreciación de la necesidad pública y a la obligatoria conciliación del campo de las nacionalizaciones con los de la propiedad privada y de la libertad de empresa".

Por otra parte, cabe señalar que va afirmándose la tendencia del Consejo Constitucional a inspirarse en las técnicas y los métodos jurisprudenciales del Consejo de Estado, y que, con motivo del contencioso de las nacionalizaciones, la alta jurisdicción ha establecido "el valor constitucional de la libertad de empresa y, en consecuencia, del principio de la libertad de comercio y de industria". En fin, el control del Consejo se ha ejercido sobre el importante punto del monto de la indemnización compensatoria de la transferencia de propiedad de las acciones de las sociedades nacionalizadas, al examinar (con base en el artículo 17 de la Declaración de 1789) "la doble exigencia del carácter justo y del carácter previo de la indemnización"; en consecuencia, el legislador tuvo que inclinarse y aumentar el monto de la misma.

Por otra parte, la segunda decisión de 11 de febrero ha establecido varios principios de "interpretación condicionada, aplicable al procedimiento de indemnización", como veremos más tarde.

b) *En derecho internacional y europeo*, el problema se planteaba de manera diferente.

El derecho internacional reconoce la licitud de la técnica de la nacionalización y su carácter oponible, pero con dos reservas tradicionales. Por una parte, las jurisdicciones nacionales de los Estados terceros interesados son competentes para apreciar si la operación de nacionalización es conforme con su orden público interno y si la indemnización es equitativa y no discriminatoria; por la otra, el efecto de extraterritorialidad resulta obviamente limitado. Estos principios han conducido al gobierno francés, *a priori*, a limitar su programa de nacionalización y a excluir del ámbito de aplicación de la ley sociedades cuyos socios extranjeros habían anunciado, de antemano, que acudirían a los medios jurídicos propios para oponerse a la transferencia forzosa. En semejantes casos —los de ITT France, CII Honeywell-Bull y Roussel UCLAF— la extensión del sector público se llevará a cabo mediante adquisiciones de control o de participación negociadas con los interlocutores extranjeros.

En cambio, la cuestión de la compatibilidad del programa de nacionalizaciones con la adhesión de Francia a la CEE y con el respeto al Tratado de Roma ha planteado un problema más serio. Ciertamente, el Tratado reconoce a los Estados miembros la facultad de realizar nacionalizaciones; ello no impide que el derecho comunitario aplique a las empresas privadas, principalmente en lo concerniente al respeto a la libre competencia y a la no discriminación en las relaciones comerciales. Los compromisos europeos de Francia deben analizarse como una de las razones de la aplicabilidad de pleno derecho de la legislación comercial de derecho común a las empresas nacionalizadas por la ley de 11 de febrero de 1982; en efecto, las empresas públicas deben operar conforme a los principios y a las técnicas de la economía de mercado, en el marco del sistema competitivo que es el de la CEE.

Las autoridades comunitarias han declarado “conformes con el derecho europeo” las nacionalizaciones de 1982, con reserva de que, entre otras consideraciones, el concepto de “mercado interno” sea entendido en el sentido comunitario y no en el sentido nacional, y que las empresas nacionalizadas reciban el mismo tratamiento que las empresas privadas.

II. EL TEXTO DE LA LEY DE NACIONALIZACIÓN

La ley de nacionalización, de 53 artículos, está dividida en cuatro títulos; los tres primeros tratan de los sectores de la nacionalización: sociedades industriales, bancos y compañías financieras; el último título contiene disposiciones diversas. Sin seguir al pie de la letra el plan del texto, y para dar a su comentario un carácter sintético, el autor se propone examinar tres “ejes” generales:

- el ámbito de aplicación de la ley de nacionalización,
- la transferencia de la propiedad de las empresas, y
- las consecuencias de la ley de nacionalización sobre la organización y la gestión del nuevo sector público.

A. *El ámbito de aplicación de la ley de nacionalización*

¿Cuáles son las empresas nacionalizadas? ¿En cuál medida y hasta cuál grado están nacionalizadas?

1. *Las empresas nacionalizadas.* La ley nacionaliza: a) cinco sociedades industriales (artículo 19), en los sectores de la industria eléctrica, electrónica, química y farmacéutica, telecomunicaciones, etcétera; b) treinta y nueve bancos (sesenta y dos bancos quedan “independientes”), inscritos en la lista del Consejo Nacional de Crédito, con sede en Francia, y con depósitos de mil millones de francos al 2 de enero de 1981 (artículo 12), trátase de establecimientos de carácter nacional o regional; entre estos bancos, dieciocho son cotizados y veintiuno no lo son —distinción que no dejará de reflejarse en el método de evaluación y en el cálculo de la indemnización, y c) dos compañías financieras (artículo 29).

Estas nacionalizaciones significan una extensión considerable del sector público; en efecto, de ahora en adelante el sector público representa en la industria el 20% del volumen de negocios y la tercera parte de los empleos, y en la banca, el Estado dispone de más del 90% de los depósitos y del 85% del crédito otorgado por los establecimientos inscritos. Sin duda alguna, las nacionalizaciones de 1982, por su espíritu, su amplitud y sus consecuencias, aparecen como radicalmente diferentes de las nacionalizaciones realizadas en 1936 y 1946. Éstas tendían esencialmente a crear empresas públicas en sectores ciertamente determinantes, pero ante todo muy determinados y limitados: ferrocarriles, armamento, gas, electricidad, carbón. Excepto el caso de sanción a la Renault, estas nacionalizaciones “históricas” se situaban en el contexto del derecho público y del servicio público.

En cambio, las nacionalizaciones de 1982 se apartan notablemente de este esquema general. Las nacionalizaciones de la industria y de las compañías financieras conciernen a entidades complejas, cuya actividad es en extremo diversa y heterogénea —además se trata de *grupos* más bien que de *empresas*. No puede sostenerse en lógica que la fabricación de locomotoras, de vidrio, de cacerolas o la gestión de una cadena hotelera constituyan en sí una actividad de servicio público; de ahí que no puede considerarse que la *actividad* nacionalizada sea en sí una *actividad de utilidad pública o de servicio público*.

En realidad, en 1982 *"la operación de nacionalizar, pura y simplemente, se considera como una operación de necesidad pública, que encuentra en ella misma y para ella misma su propia lógica, su propia justificación racional. . . En este enfoque lo que se analiza como una finalidad de servicio público no es la actividad nacionalizada, sino el proceso de nacionalización en sí"* —lo que engendra, entre otras, la siguiente consecuencia: situadas fuera del servicio público, las actividades recién nacionalizadas se desarrollarán dentro del marco del derecho común de la economía de mercado.

En resumidas palabras, al parecer —estima el autor—, el criterio gubernamental no ha sido el de la actividad de la empresa, sino el del lugar y del rango que ocupa en la lista de las grandes sociedades industriales o financieras, o sea que *"la actividad económica, toda la actividad económica, constituye en sí un objetivo virtual de apropiación pública"*.

2. *El grado de nacionalización de las empresas y ramas concernidas.* Cuando se nacionalizan grupos complejos, con numerosas filiales y múltiples participaciones, es preciso determinar si se nacionaliza *"superficialmente"* o *"profundamente"*. Las vicisitudes parlamentarias y jurisdiccionales que conoció el proyecto de ley de nacionalización han dado lugar, de manera paradójica y heterodoxa, a una intensificación significativa del control público sobre las empresas concernidas. En efecto, el texto definitivo realiza una nacionalización extensa con respecto al proyecto inicial, *"que penetra profundamente en el tejido económico"*.

Entre otros ejemplos, cabe señalar que a consecuencia de la decisión de anulación del Consejo Constitucional (de 16 de enero de 1982), los bancos controlados por organismos mutualistas o del sector cooperativo han sido añadidos a la lista de los establecimientos inicialmente nacionalizables.

3. *Los límites del campo de la nacionalización.* Es preciso llamar la atención —subraya el autor— sobre *"la extensión del sector público que se realiza o intenta realizarse, fuera del proceso de la nacionalización, mediante la adquisición de control o de participación por parte del Estado"*. Esta extensión concierne esencialmente al sector industrial; es importante, puesto que interesa los sectores de la química, siderurgia, aviación, telecomunicaciones, informática, y, más precisamente, concierne a un grupo de siete sociedades industriales que han sido excluidas del campo de la nacionalización, pero que son susceptibles de pasar bajo el control del Estado.

Para estos siete grupos industriales la exclusión del campo de la nacionalización ha obedecido a motivos muy diferentes. Sin embargo, mediante la adquisición de participaciones, mayoritarias dado el caso, o la

conversión de acciones, el Estado ya ha logrado establecer su control en los sectores de la información (*Matra*), la siderurgia (*Usinor y Sacyr*) y la aviación (*Dassault*).

B. *La transferencia de propiedad*

La transferencia de propiedad de las empresas no se opera mediante la apropiación de sus activos (bienes del patrimonio social: muebles e inmuebles, corporales e incorporales), sino mediante la toma de posesión de las acciones que constituyen su capital. Conforme a la práctica más frecuente, la indemnización de los accionistas desposeídos se realiza mediante la remesa de obligaciones a cambio de sus acciones.

1. *La evaluación de la indemnización.* El proyecto de ley establecía un mecanismo de evaluación que combinaba varios criterios —mecanismo que el Consejo Constitucional censuró en su decisión de 16 de enero de 1982—. El sistema que se ha adoptado finalmente, y que el juez constitucional ha sancionado en su decisión del 11 de febrero siguiente, toma en cuenta tres elementos:

— la capitalización bursátil de las sociedades, calculada a partir de los cursos promedio de la bolsa, durante el mes en el que, para cada sociedad, ha sido más elevada, entre el 1º de octubre de 1980 y el 31 de marzo de 1981;

— el monto de las sumas distribuidas como dividendos durante el ejercicio de 1980, y

— un aumento uniforme de estas cantidades según un coeficiente del 14%, habida cuenta de la depreciación monetaria.

La evaluación de las acciones de sociedades del sector bancario no cotizadas en la bolsa podía suscitar dificultades. En consecuencia, el artículo 18 de la ley ha instituido una "Comisión Nacional de Evaluación" —integrada por altos magistrados del Tribunal de Cuentas, del Consejo de Estado y de la Corte de Casación, y por el gobernador del Banco de Francia—, encargada de fijar a la fecha del 30 de junio de 1982 el valor de las acciones de las referidas sociedades, habida cuenta principalmente del activo neto y del beneficio neto. En su decisión de 11 de febrero de 1982, el Consejo Constitucional indicó los métodos que deberán inspirar a la Comisión para "fijar un valor de negociación lo más objetivo posible, que responda a la exigencia de una justa indemnización".

2. *El mecanismo de canje de las acciones y obligaciones.* Los artículos 11 y 26 de la ley crean dos establecimientos públicos nacionales, la Caja Nacional de la Industria y la Caja Nacional de los Bancos, encargadas de emitir las obligaciones que se entregarán a los accionistas desposeí-

dos, y de asegurar la amortización y el pago de los intereses. Estas Cajas cubrirán sus gastos mediante dotaciones del Estado y mediante la percepción de un censo, fijado anualmente por la ley de presupuesto, que pagarán las sociedades nacionalizadas.

Conforme a los artículos 4, 15 y 32 de la ley, los tenedores de acciones transferidas al Estado recibirán las obligaciones correspondientes en un plazo de tres meses, contado a partir de la publicación de la ley (13 de febrero de 1982). Estas obligaciones son garantizadas por el Estado y producen un interés igual a la tasa de rendimiento de los empréstitos de Estado; serán reembolsables según su valor nominal, mediante quince sorteos anuales, a partir del 19 de enero de 1983; en fin, son negociables y se cotizan entre los valores públicos.

Por su parte, el decreto de 18 de febrero de 1982 establece detalladamente las modalidades prácticas del canje de los títulos de las empresas nacionalizadas.

C. *La organización y la gestión del nuevo sector nacionalizado*

El autor se propone examinar los tres siguientes puntos: 1) los principios aplicables a la gestión propiamente dicha de estas empresas, así como su régimen jurídico; 2) la organización, la dirección de la empresa y la asociación del personal, y 3) las relaciones de estas sociedades con el Estado tutor.

1. *La gestión de las nuevas sociedades nacionalizadas.* Trátase de los grupos industriales, los bancos o las compañías financieras, los artículos 3, 14 y 31 establecen como regla general que "la legislación comercial, principalmente las disposiciones relativas a las sociedades anónimas de la ley no. 66-537 de 24 de julio de 1966 modificada, se aplicará a las sociedades mencionadas. . . , siempre que sea compatible con las disposiciones de la presente ley".

La voluntad del legislador es, pues, la de mantener *el principio de comercialidad* que inspira la gestión de las empresas privadas: la gestión de las sociedades nacionalizadas se organizará a los métodos que aplican las empresas del sector privado.

Las diferencias aportadas por el régimen jurídico específico de las empresas nacionalizadas a las reglas de las sociedades mercantiles interesan principalmente los mecanismos de organización interna y de dirección (consejo de administración, dirección, papel de la asamblea general de accionistas), así como, eventualmente, el estatuto del personal. En cambio, todo lo que concierne a la actividad industrial y comercial de las sociedades nacionalizadas deberá situarse dentro del marco de derecho común del derecho privado y de la competencia.

Desde este punto de vista, y como derogación significativa, cabe señalar que el artículo 28 autoriza al Estado para aportar a una empresa pública las acciones de bancos cuya propiedad acaba de adquirir. Este texto deja entrever que se producirá en un futuro próximo una serie de fusiones y concentraciones en el sector bancario.

2. *Dirección y organización de las empresas nacionalizadas.* La ley fija a título transitorio la dirección y la organización interna de las sociedades transferidas.

Un administrador general, nombrado por decreto dictado en Consejo de ministros, asumirá la dirección propiamente dicha; dispondrá de los poderes más extensos para actuar en nombre de la sociedad en todas circunstancias.

Los consejos de administración provisionales, que funcionarán en principio durante los próximos dos años, se integrarán conforme al principio de la gestión tripartita —principio que, según la fórmula clásica, permite nacionalizar sin estatizar—. Reunirán a representantes del Estado, representantes de los asalariados y a personalidades competentes en representación del sector económico interesado por la actividad de la empresa, o de los consumidores. Los representantes de los asalariados serán designados a propuesta de las organizaciones sindicales más representativas.

En suma, la ley no innova mucho respecto de los principios generales de dirección y organización de las empresas públicas —estima el autor—. Pero cabe recordar que esta organización es solamente provisional; en efecto, conforme al artículo 51, se depositará a los pocos meses un proyecto de ley relativa a la organización y a la democratización del sector público, que “determinará las nuevas responsabilidades de los trabajadores de las empresas del sector público, principalmente en lo concerniente al taller, las funciones sindicales, los comités de empresas... y a los consejos de administración”.

3. *Control de las empresas y relaciones con el Estado.* Queda uno sorprendido al darse cuenta de que la ley de 11 de febrero de 1982 “no insiste mucho en la tutela que el Estado ejerce sobre las empresas públicas”. Así, por ejemplo, el texto no menciona la presencia en los consejos de administración, además de los representantes del Estado, de algún representante específico de una administración de tutela, como un comisario del gobierno o un contralor de Estado.

Hasta que se adopte el texto sobre la organización y la democratización del sector público, este silencio permite presumir que el legislador y el gobierno han decidido otorgar una amplia autonomía de gestión a las empresas nacionalizadas. En efecto, en la exposición de motivos del proyecto de ley, el primer ministro había declarado: “Estas socie-

dades gozarán de la mayor libertad de empresa en el marco de orientaciones que se establecerán contractualmente con el Estado. . . No les serán aplicables las disposiciones actuales del control del Estado." Esta interpretación de la voluntad de los poderes públicos resulta confirmada por el *Plan intérimaire 1982-1983* que establece que las empresas del sector público, sometidas al derecho común de las sociedades, "tendrán una completa autonomía de gestión en el marco de contratos de planes plurianuales, revisables, que negociarán con su ministro de tutela".

En fin, el artículo 53, el último de la ley, instituye un *alto consejo del sector público*, "encargado de seguir la evolución del sector público, su gestión y sus actividades, y de formular todas las proposiciones oportunas en un informe que se publicará cada dos años". Este alto consejo está integrado por veinte miembros: seis diputados, cuatro senadores, cinco representantes de los sindicatos de asalariados, y cinco miembros cooptados, técnicamente competentes.

CONCLUSIÓN

La nacionalización, como técnica de apropiación, quizá no tenga los vicios y las virtudes que se le atribuyen —apunta el autor, incrédulo y escéptico.

Todo dependerá de la organización y de la gestión a que dará lugar. Se ha dicho de las nacionalizaciones que tendían a evitar la "multinacionalización" y a constituir "la fuerza de disuasión industrial de Francia". ¡Muy bien! Entonces, hay que desearles que tengan éxito. Algunos ven en la nacionalización la oportunidad de estimular la competencia y la descentralización de las responsabilidades, en el sector bancario entre otros. Por nuestra parte, confesamos estar pesimistas, pues, al parecer, la nacionalización trae consigo una lógica de concentración y, en consecuencia, de alineación de las condiciones, más bien que de diversidad profusa. Deseamos simplemente equivocarnos.

Monique LIONS

LÓPEZ GARRIDO, Diego, "Un año del Tribunal Constitucional: la fijación jurisprudencial de su función y competencias. El concepto de inconstitucionalidad sobrevenida", *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 13, primavera de 1982, pp. 199-209.

El profesor López Garrido, de la Universidad Autónoma de Madrid,

hace un análisis exhaustivo de todos los autos dictados por el Tribunal Constitucional en 1980 y todas las sentencias emitidas en los seis primeros meses de 1981. Su propósito es elucidar la jurisprudencia del Tribunal —enriquecida con las opiniones de los votos disidentes— sobre la fijación de la competencia y su ámbito funcional, en aplicación del artículo 4.2 de su Ley Orgánica.

Ha fijado el Tribunal una serie de principios básicos en los cuales orientar su misión: 1) destacar la supremacía de la Constitución, entendida ésta como la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico; 2) la aplicabilidad inmediata no sólo de sus preceptos sino de sus principios generales plasmados en el texto, que “forman parte” de la misma y participan de su “fuerza derogatoria”, por ejemplo el *non bis in idem*; 3) la necesidad de una “interpretación finalista” del texto constitucional, realizada por el Tribunal Constitucional como “intérprete supremo”, que no forma parte del Poder Judicial (según sentencia de 31 de marzo de 1981, R. A. núm. 107/80, II. 1.A) y cuya interpretación se impone “a todos los poderes públicos”, al afirmar el principio de constitucionalidad; 4) el Tribunal es intérprete, y no legislador, al corresponderle analizar la adecuación o no de las normas ordinarias a la Constitución; 5) Es el defensor jurídico de la Constitución, y 6) Todo ello al servicio de dos misiones: proteger los derechos y libertades frente a violaciones por los “poderes públicos” y “los órganos del Estado”, y la fijación de los límites dentro de los cuales “pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas” en el marco más amplio de acción.

Análisis de varias sentencias permiten fijar criterios sobre la función del Tribunal. La declaración de inconstitucionalidad sólo se hará cuando lo exijan razones sólidas y graves, y en caso contrario se mantendrá un respeto a la función legislativa. El Tribunal no es una nueva instancia, no es “juez del caso”. Y especial atención merece al autor el problema de la inconstitucionalidad sobrevenida, que se refiere al enjuiciamiento de las normas anteriores a la Constitución y su efecto jurídico sobre aquéllas: derogación o inconstitucionalidad, en este caso, la inconstitucionalidad sobrevenida. Lo que tiene íntima conexión con la relación de competencia entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios. En la sentencia de 2 de febrero de 1981 se fija una distribución de competencias: el Tribunal Constitucional tiene el monopolio para enjuiciar las leyes posteriores a la Constitución: frente a las leyes anteriores, los tribunales ordinarios pueden inaplicarlas por considerar que están en contra de la Constitución; y también puede concurrir con los tribunales ordinarios para declarar la derogación o no de las leyes anteriores a la Constitución, a través de un fallo de in-

constitucionalidad, porque sus sentencias, de eficacia general, tienen el fin de depurar el ordenamiento.

Análisis específico hace el autor del concepto de inconstitucionalidad sobrevenida, con el centro de interés de la sentencia de 29 de abril de 1981 y el voto razonado del magistrado Rubio Llorente. La sentencia se resume así: la Constitución es una ley suprema (criterio jerárquico) y posterior (criterio cronológico). Por eso, las leyes dictadas antes de la vigencia de la Constitución que se opongan a ella dan lugar a su derogación-pérdida de vigencia y a su inconstitucionalidad llamada sobrevenida. Rubio Llorente discrepó de este criterio, por considerar el concepto "híbrido y contradictorio" entre dos instituciones diversas: inconstitucionalidad y derogación; esta última resultado de la sucesión de normas en el tiempo, y la primera de la "contradicción entre la Constitución y una norma ordinaria posterior a ella". El Tribunal ha reafirmado el concepto en varias sentencias posteriores. López Garrido transcribe la opinión asentada en la dictada en el recurso contra el Decreto-ley 17/77, que regula el derecho de huelga y que por ser tan revelador merece también transcribirse en esta nota:

El argumento que en este punto utiliza el abogado del Estado es que, al ser nuestra Constitución una norma directamente aplicable y contener una disposición derogatoria de toda la legislación anterior que la contradiga, el problema que plantea el ajuste entre la legislación anterior y la Constitución es una cuestión de vigencia o de derogación. Por ello, según el abogado del Estado, la pregunta relativa a si una ley derogada es conforme o no con la Constitución carece de sentido. Sin embargo, frente a este argumento que, a primera vista, parece poseer una contundente fuerza lógica, hay que señalar que no existe una auténtica contradicción entre el problema vigencia-derogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad. No es enteramente exacta la opinión de que el tema de la vigencia o derogación es previo al de constitucionalidad, porque respecto de normas derogadas no cabe ni siquiera plantearse el tema de su constitucionalidad. En puridad, ocurre más bien lo contrario. En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. Mas inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino simplemente la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad.

López Garrido apoya el criterio del Tribunal, criterio que considera tiene consecuencias no sólo teóricas (porque permite imprimir a la Constitución y al nuevo régimen constitucional especial fuerza en su "vis" innovadora del ordenamiento jurídico, ya que la inconstitucionalidad sobrevenida afecta a la validez de la norma), sino que también tiene efectos retroactivos más intensos que la sola derogación, en situaciones que aunque surgidas con anterioridad a la vigencia de la Constitución produzcan efectos con posterioridad a esa fecha.

La inconstitucionalidad, sobrevenida o no, se diferencia de la derogación, en que las leyes que tienen esa "enfermedad" padecen de un vicio de legalidad radical, insubsanable, que acarrea la nulidad, o sea la negación de la vigencia de la ley, desde su nacimiento, con eficacia retroactiva; en tanto que la sola derogación es consecuencia simple de la aplicación del principio *lex posterior derogat priori*, que no es portadora en sí misma de los efectos de la nulidad *ex tunc*, porque su vicio no es estructural o congénito, sino una pura alternación de normas generalmente del mismo rango jerárquico.

Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA

LUCAS VERDÚ, Pablo, "El derecho constitucional como derecho administrativo (La 'ideología constitucional' del profesor García de Enterría)", *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 13, primavera de 1982, pp. 7-52.

El extenso y polémico artículo del profesor Lucas Verdú, uno de los más conocidos cultivadores del derecho político en España, se dedica a comentar dos trabajos —pero en realidad toda una posición teórica— del también conocido administrativista Eduardo García de Enterría. Los dos trabajos tomados como punto de partida para el análisis de la posición de Enterría son el *Curso del derecho administrativo* escrito en colaboración con Tomás Ramón Fernández (Madrid, Editorial Civitas, 1981) y especialmente, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Editorial Civitas, 1981), que recoge dos trabajos y un prólogo bastante polémico en el que se subraya la posición del autor en la materia. Lucas Verdú discute lo que considera una visión del derecho constitucional como derecho administrativo; se defiende en nombre del grupo de constitucionalistas españoles de la acusación de haber abandonado la disciplina durante la dictadura franquista refugiándose en una disciplina confusa y no jurídica, el derecho político; de haber desertado del estudio del derecho

constitucional; acusa a los administrativistas encabezados por García de Enterría —el “jurista oficial” del régimen de Unión del Centro Democrático— de una invasión metodológica desde el derecho administrativo al derecho constitucional, y a él mismo de representar una ideología constitucional consciente o inconscientemente, de signo conservador. Sobre esta línea, desarrolla varios apartados sobre la crisis de la dogmática constitucional y el florecimiento del derecho constitucional en España a partir de 1977, la “invasión administrativista” del derecho constitucional, y la ideología constitucional del profesor García de Enterría.

Concluye que en la construcción de Enterría se da un concepto formalista de constitución, se pretende una diferenciación de campos de estudios muy cerrada y un programa metodológico que produce una visión judicialista del derecho, lo cual si es en alguna medida cierta para el derecho administrativo, no lo es para el constitucional. Los administrativistas, como los fiscalistas —afirma— propenden a una visión magnificada del Estado, en tanto que los constitucionalistas tienen una preocupación mayor por la consolidación de la libertad. Exagera Enterría su posición antimarxista “visceral”, que llega a incluir a Duverger en la corriente. Y se coloca en una posición neoliberal:

En cuanto neoliberal, su posición ante los valores que la Constitución recoge y propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico estriba en que dichos valores son subsumidos en el Derecho positivo en cuanto magnitudes jurídicas sometidas a la dinámica de las reglas jurídicas, de manera que pierden toda trascendencia de acuerdo con el relativismo típico de todo liberalismo.

Así, cuando el derecho constitucional “se administrativiza”, y la constitución se interpreta prescindiendo de su *ethos* final, de “las vertientes que la especifican”, se devalúa la norma fundamental:

Si la Constitución se autosatisface sólo en sus peculiaridades formales, se contenta sólo con mantener el funcionamiento ritual de sus mecanismos, las relaciones procedimentales con los ciudadanos, con la vigilancia del mantenimiento estático de la distribución de competencias entre los órganos del Estado y las comunidades que lo integran y se limita a perpetuar el *status quo* socioeconómico... entonces encontramos el modelo petrificado en un documento solemne de lo que no debe ser una auténtica constitución, porque no cumplirá con la función política que le atañe en el plano axiológico (artículos 1.1. y 10) en el campo transformador (preámbulo, artículos 9.2, 40 y 129.2) y en el campo integrador (artículos 2, 137 y 143.1).

Así, concluye, la ideología constitucional de García de Enterría consiste en un neoliberalismo de cuño norteamericano aplicado a la distinta realidad político-social y económica española:

El neoliberalismo del citado profesor es en el fondo una tecnocracia administrativa al servicio de los intereses neocapitalistas del Estado español que, sin embargo la Constitución de 1978 permite con el tiempo y por supuesto, siempre dentro de sus cauces, modificar profundamente.

Esta visión panadministrativista, que parece invadir todas las disciplinas jurídicas en España, olvida que toda constitución es una constitución política, no sólo una norma jurídica, que además tiene el aspecto institucional que conecta con la realidad político-social, y una estructura, cuyos procesos internos no pueden explicarse exclusivamente mediante la normatividad y su descripción técnico-jurídica.

Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA

MADRAZO CUÉLLAR, Jorge, "La reforma política en las entidades federativas", *Problemas Jurídicos de México*, México, Federación Nacional de Colegios de Abogados, 1982, pp. 59-71.

El artículo que ahora reseñamos fue la aportación del autor a la Novena Asamblea de la Federación del Colegio de Abogados de México. Comienza describiendo a grandes rasgos lo que se llamó la "reforma política", bajo la administración de López Portillo, la cual se echó a andar el 6 de diciembre de 1977; en su primera etapa concluyó con la publicación de las reformas constitucionales y, posteriormente, el 30 de diciembre, con una nueva legislación ordinaria (LOPPE); al año siguiente se admitían nuevos partidos políticos (PCM, PDM y PST); para, finalmente, concluirla a nivel federal, con la nueva integración de la Cámara de Diputados el 10. de septiembre de 1979. Dichas reformas requerían necesariamente otras tantas a nivel local, las cuales fueron apuntadas en las reformas al artículo 115 constitucional, mismas que son el objeto del trabajo que ahora reseñamos.

Todo el procedimiento de reforma política a nivel local es descrito por el autor en tres rubros: régimen de partidos y asociaciones políticas locales; integración de los legislativos estatales, y reforma municipal.

El problema de los partidos y asociaciones políticas locales se plantea, primeramente, en una perspectiva histórica y posteriormente hace el planteamiento jurídico vigente, para terminar con los resultados prácticos de la reforma; los cuales son ciertamente raquíticos.

Lo propio se puede señalar de la integración de las legislaturas locales, las cuales, demuestra Madrazo, no son más que una comparsa de los gobernadores, al carecer de fuerza propia y representatividad efectiva.

Si los estados de la Federación y particularmente sus autoridades, no son más que instrumentos del gobierno central al cual indiscutiblemente no pueden desoír en sus consignas, bajo pena de que se les cierre la ayuda económica o se les "desaparezca", lo propio puede decirse de la relación entre las autoridades estatales y las municipales; por ello, la reforma política de 1979 alcanzó su mínima expresión a nivel de ayuntamientos, lo cual es puesto de manifiesto y demostrado en el artículo que ahora reseñamos.

En fin, la conclusión que uno saca después de leer el trabajo del licenciado Jorge Madrazo es que la reforma política de López Portillo, si bien cumplió una misión importante a nivel federal al darle cauce a las inquietudes políticas de ciertos grupos, a nivel estatal —como en general sucede con todo el régimen jurídico local— fue una farsa.

En un régimen de tan acuciada influencia hacia el centralismo práctico como lo es el mexicano, los sistemas constitucionales estatales y jurídicos en general hacen que su conocimiento y estudio —particularmente en la capital de la República— hasta ahora a casi nadie le haya preocupado; lógicamente toda la documentación e información al respecto es paupérrima. Por esto resulta no sólo novedoso sino de una gran importancia el trabajo de Madrazo, el cual, sabemos, es parte de una investigación mayor sobre el derecho constitucional local de México.

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

PILLON, Jean y Jean-François VILOTTE, "Les institutions politiques de la Principauté de Monaco", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, París, núm. 2, marzo-abril, 1982, pp. 355-376.

La ciudad del Vaticano aparte, el Principado de Mónaco es el Estado más pequeño del mundo. La situación geopolítica de este micro-Estado ejerce una influencia considerable sobre su estructura institucional.

En su territorio exiguo, de 189 hectáreas, enclavado en el departamento francés de Alpes Maritimes, el Estado monegasco reúne a unos 25 000 habitantes. El acta constitucional de 5 de enero de 1911, otorgada por el príncipe Alberto I, ha sido sustituida por la Constitución de 17 de diciembre de 1962, actualmente vigente, cuyo artículo 2 establece: "El principio del gobierno es la monarquía hereditaria y constitucional. El Principado es un Estado de derecho que respeta las libertades y los derechos fundamentales."

Consideraciones de política internacional, más que datos de carácter puramente constitucional, permiten comprender la naturaleza del régimen monegasco, pues explican la debilidad del Estado (I) y la fuerza del príncipe (II).

I. LA DEBILIDAD DEL ESTADO

1. *Inseguridades históricas e internacionales.* La inseguridad o la fragilidad histórica e internacional del Principado ha salido a plena luz con las crisis que sacudieron el pequeño Estado entre 1955 y 1962, y que son el origen de la elaboración de la Constitución de 1962.

La dinastía de los Grimaldi reina en el Principado desde el 8 de enero de 1297, y a lo largo de una historia de casi siete siglos, los príncipes monegascos, pese a unas que otras alertas, han sabido salvaguardar la independencia del pequeño Estado.

Reconocido como Principado soberano en 1512 por el rey Luis XII de Francia, Mónaco iba a perder su independencia durante la tormenta revolucionaria, en 1793, para recuperarla treinta y siete años más tarde, con el Tratado de París de 30 de mayo de 1830. El nuevo tratado franco-monegasco de 17 de julio de 1918 reconoce formalmente la independencia y la soberanía del Principado; pero, en contraparte, el gobierno de Mónaco tuvo que "comprometerse a ejercer sus derechos de soberanía en perfecta conformidad con los intereses políticos, militares, navales y económicos de Francia" —disposición, entre muchas otras, que pone a plena luz la dependencia y la fragilidad del Estado monegasco.

El periodo moderno del Principado empezó en 1889, con el acceso al trono del príncipe Alberto I, quien ha sabido dar prosperidad a Mónaco; los éxitos económicos no impidieron que una neoburguesía de hombres de negocios y de notables discutieran la autoridad del príncipe, hasta que éste promulgara una "organización constitucional" el 5 de enero de 1911. Varias veces suspendida, y reformada en 1917, 1914 y 1946, esta carta no logró desarmar la oposición.

Al príncipe Rainiero III, quien subió al trono en 1949, iba a corres-

ponderle promover una verdadera reforma constitucional. Pero las crisis que han surgido en los años cincuenta y sesenta revelaron los límites de la libertad de acción del soberano monegasco.

2. *Crisis y Constitución de 1962*. Entre 1955 y 1962, el Principado ha enfrentado tres graves crisis: financiera, política e internacional.

a) En 1955 la Sociedad Monegasca de Banca y Metales Preciosos se desplomó, a consecuencia de especulaciones imprudentes. El Estado respondió por el banco, pero no pudo evitar una situación de quiebra que el tesoro monegasco tuvo que subsanar, pese a las protestas del Consejo Nacional, el órgano legislativo del Principado. De ahí nació la voluntad de esta asamblea de obtener un derecho de control financiero eficaz y un poder legislativo más amplio.

b) Esta crisis financiera suscitó un agudo malestar político. En octubre de 1956, Rainiero III decidió mandar preparar un proyecto de Constitución, cuya elaboración adelantó muy poco. En marzo de 1958, al enfrentarse al malhumor del Consejo Nacional, el soberano destacó que el pasado y el presente del Principado han demostrado y siguen demostrando que "Mónaco no existe sino por su príncipe soberano, cuya misión es velar por los intereses superiores de la colectividad y del país". Las diferencias siguieron acentuándose, y el 29 de enero de 1959 el príncipe suspendió, mediante ordenanza, la aplicación de los artículos 4 y 5 de la Constitución de 1911, y disolvió el Consejo Nacional y el Consejo Municipal. Rainiero confió entonces a tres juristas eminentes (dos franceses y un suizo) la tarea de redactar una nueva Constitución que solamente tendría vigencia hasta diciembre de 1962. En efecto, el conflicto diplomático franco-monegasco vino a complicar las negociaciones entre los representantes del Ministerio francés de Asuntos Extranjeros, los del Consejo Nacional monegasco y los autores de la futura ley fundamental.

c) Este conflicto diplomático estalló en enero de 1962, por razones principalmente económicas. En efecto, sociedades ficticias, atraídas por la ausencia de impuestos, iban creándose en Mónaco, y ciudadanos franceses eludían el impuesto francés sobre la renta al adquirir una residencia, ficticia también, en el Principado. Una comunicación francesa de 21 de febrero de 1962, mediante la cual solicitaba la revisión de las convenciones económicas entre Francia y Mónaco, contrarió los intereses económicos e hirió la sensibilidad nacional de los monegascos. En fin, después de un conflicto diplomático de dieciséis meses, se firmaron nuevos acuerdos el 18 de mayo de 1963.

d) El acuerdo fiscal de mayo de 1963 y la Constitución de 17 de diciembre de 1962 aparecen como una transacción entre las reivindicaciones divergentes del Consejo Nacional y de la República francesa.

Con la nueva Constitución, el príncipe abandonó su título de "Monarca por derecho divino", con lo que resulta afirmado irreversiblemente el carácter constitucional del régimen. La ley fundamental no puede ser suspendida y solamente podrá ser revisada por común acuerdo del príncipe y del Consejo Nacional. Se amplían las competencias de este órgano, y se refuerzan las facultades del Tribunal Supremo en su función de árbitro entre el príncipe y el legislador local.

La nueva Constitución, al tomar en cuenta algunas de las reivindicaciones del Consejo Nacional, establece un régimen constitucional y representativo, pero de ninguna manera parlamentaria. A este respecto cabe destacar que los intereses de Francia, al oponerse a semejante innovación, han contribuido a salvaguardar la preeminencia del príncipe. En efecto, el artículo primero constitucional establece que Mónaco "es un Estado soberano e independiente en el marco de los principios generales del derecho internacional y de las convenciones particulares celebradas con Francia"; es decir, que Francia se reserva la facultad de imponer las disposiciones propias para proteger sus intereses, tanto en el dominio de la defensa como en el de la fiscalidad.

Por otra parte, conforme a la Convención fiscal de 1963, los residentes franceses dejan de beneficiarse con ventajas fiscales en el Principado.

En suma, dado el caso, la autoridad del príncipe puede apoyarse en las exigencias francesas para triunfar de las renuencias del Consejo Nacional. La misma debilidad del Estado preserva y asegura los intereses del príncipe.

II. LA FUERZA DEL PRÍNCIPE

La institución del príncipe ocupa el centro del sistema político monegasco. Los órganos institucionales no gozan de autonomía verdadera: la influencia del príncipe los domina, a la par que la práctica constitucional confiere al jefe del Estado un papel de árbitro rector de la vida política.

1. *La influencia del príncipe sobre los poderes constituidos.* Si bien la Constitución parece consagrar el principio de separación de poderes, en realidad el régimen monegasco funciona bajo el signo de una estrecha colaboración de poderes, que disimula la preponderancia del jefe del Estado.

En efecto, el papel del príncipe en el dominio ejecutivo, legislativo y jurisdiccional resulta ser mucho más importante que lo que consigna la letra de la Constitución.

El Consejo Nacional, elegido por sufragio universal directo, es la

asamblea de una monarquía constitucional, pero no parlamentaria, como ya vimos. Si el Consejo vota la ley y el presupuesto, en cambio no es competente para controlar la política gubernamental, y ni siquiera tiene la iniciativa legislativa. Este derecho pertenece exclusivamente al príncipe que aparece como "el órgano legislativo supremo".

Después del príncipe, la primera autoridad del gobierno es el ministro de Estado, designado por el príncipe en una lista de tres funcionarios franceses, presentada por el presidente de la República de Francia; el referido ministro ejerce sus funciones durante cuatro años y es responsable solamente ante el soberano, quien nombra a los tres consejeros de gobierno que completan el equipo gubernamental.

El príncipe escoge y nombra a los miembros del Tribunal Supremo, con base en listas presentadas por el Consejo Nacional, el Consejo de Estado y el de la Corona, la Corte de Apelación y el Tribunal Civil. Las cortes y tribunales monegascos están integrados por un importante número de magistrados extranjeros, principalmente franceses.

Por otra parte —señalan los autores—, el municipio de Mónaco no es susceptible de contrabalancear los poderes del jefe del Estado; en efecto, tanto en materia de presupuesto comunal como de urbanismo, queda enteramente dependiente del Estado y, en consecuencia, del príncipe.

2. *El papel del príncipe en la vida política monegasca.* La importancia del príncipe en la vida política no deja de engendrar un clima que favorece en cierto modo la cortesanía y el conformismo.

En primer lugar, el carácter hereditario de la monarquía condiciona un ordenamiento jurídico particular. El derecho sucesorio dinástico, regido por la ordenanza de 15 de mayo de 1882 y completado por la Constitución, consagra el carácter inviolable de la persona del príncipe. Él es quien ejerce el derecho de indulto, de amnistía y de naturalización, y también confiere títulos y distinciones. Respecto de cuestiones "relativas a los intereses superiores del Estado", el príncipe puede pedir una opinión al Consejo de la Corona, la que no reviste fuerza obligatoria alguna para el soberano. Por su parte, el Consejo de Estado, cuyos miembros son nombrados por el príncipe, tiene una competencia estrictamente consultiva; opina sobre los proyectos de ley y de ordenanza que le son sometidos, y prepara informes sobre la actividad de la administración.

En segundo lugar, el ascendiente del príncipe sobre los órganos y poderes políticos no ha convertido al aparato monegasco en régimen autoritario. En efecto, la concertación es el elemento básico de la práctica política del Estado; desde esta perspectiva, la preponderancia de la función del soberano es el "cimiento" del Principado, más que su

motor. A órganos que se opongan, la vida política monegasca prefiere responsables que se concerten; en efecto, al Consejo Municipal le corresponde registrar y transmitir los deseos y las quejas de los ciudadanos, que el Consejo Nacional amplía y transmite al gobierno, el cual tomará las disposiciones oportunas, bajo el control del palacio.

Esta práctica de concertación —apuntan los autores— no deja de favorecer sin embargo cierto clima de cortesanía y de conformismo. En Mónaco, para la persona que quiere “llegar”, la opción política es simple: consiste en no oponerse al príncipe. Ciertamente, este sistema tiene que repercutir en la calidad del personal político. Por otra parte, la práctica de la concertación, apoyada en clientelas, no permite el desarrollo de formaciones políticas. En efecto, existen solamente dos partidos políticos monegascos, ambos de izquierda, sin elegidos y con muy pocos adherentes. En cuanto al sindicalismo, el hecho de que, en Mónaco, la mayor parte de los asalariados no son monegascos, y el de que la mayor parte de éstos trabajan en el sector público explican la debilidad del movimiento sindical.

Monique LIONS

RIVERS, Adrienne, “Border zone search law: the search for a definition of functional equivalents of the Border”, *Texas International Law Journal*, Austin, vol. 16, núm. 2, 1981, pp. 260-275.

Adrienne Rivers presenta esta nota en una revista especializada con el propósito de revisar la constitucionalidad de los actos de inspección y cateo que se realizan por los agentes del Servicio de Inmigración y Naturalización de Estados Unidos, para evitar el contrabando de drogas y la entrada de extranjeros indocumentados a través de su frontera con México.

Los artículos en revistas de esta naturaleza representan no sólo el esfuerzo académico de los autores, sino también la ventaja de ser concretos y breves. El mérito de la nota de Rivers corresponde exactamente a esas características. Aunado a ello, su trabajo nos permite mantener el constante interés que presenta para el mexicano el conocer sobre la protección de derechos individuales de sus compatriotas en el país que se ufana de ser supervisor de los derechos humanos en todo el mundo.

La nota analiza los casos más importantes sobre un concepto denominado la “equivalencia funcional de la frontera”, que ha sido desa-

rollado y debatido jurisprudencialmente, de manera principal a través de los fallos de las cortes de Apelación de los circuitos Quinto y Noveno, correspondientes a los estados de Texas y California, respectivamente. Son estos estados los que observan la afluencia más numerosa de inmigración de México a Estados Unidos.

1. *La Enmienda Cuarta de la Constitución Americana*. Los derechos individuales de los extranjeros están dados como un presupuesto en la nota de Rivers. La Enmienda Catorce de la Constitución Americana, adoptada después de la Guerra Civil en 1868, contempla la protección de la ley a todas las "personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos"; sin embargo, está todavía en el aire la fundamentación para aplicar garantías procesales a extranjeros que son detenidos sin documentos.

Con relación a la aplicación de la protección igualitaria de la ley, la Suprema Corte ha sido cuidadosa de excluir de ciertos derechos a los que no son ciudadanos norteamericanos, excluyendo aun a extranjeros con residencia legal en los Estados Unidos. Para ilustrar se encuentra el reciente caso de *Clarence Cabell et al. v José Chávez-Salido*, fallado el 12 de enero de 1982,¹ en el que se excluyó a un residente de ocupar un cargo oficial en el estado de California por el hecho de no ser ciudadano norteamericano.

Pero el artículo constitucional que está a discusión en el trabajo de Rivers es la Cuarta Enmienda que establece "el derecho del pueblo a estar a salvo en sus personas, casas, papeles y efectos, contra pesquisas y aprehensiones infundadas" a no ser que medien órdenes judiciales. Como se observa, esta enmienda tiene su equivalente en el artículo 16 de la Constitución mexicana.

El ejercicio de este derecho constitucional ha sido puesto a prueba con el inmenso trabajo del Servicio de Inmigración para cuidar las fronteras de la Unión Americana. Por un lado, está la tarea administrativa de cuidar las fronteras y, por el otro, el derecho de los habitantes para no ser molestados en sus personas y bienes. La extensión fronteriza con México de 3 326 kilómetros agrava el problema ante los insuficientes recursos humanos y financieros del Servicio de Inmigración. En este contexto, la posibilidad de violaciones a la Cuarta Enmienda en detrimento de mexicanos y ciudadanos norteamericanos crece en proporción.

2. *La equivalencia funcional de la frontera*. La Ley de Inmigración de 1940 considera como una infracción la entrada sin documentos migratorios de un extranjero. Según esta ley, las autoridades de migración

¹ Ver 50 *The United States Law Week* 4095 (1-12-82).

están facultadas para: a) interrogar a las personas que se estime son extranjeras sobre su *status*, y b) catear todo vehículo dentro del territorio norteamericano. Estos interrogatorios y cateos se pueden efectuar sin orden judicial.

Además, las autoridades migratorias están facultadas para fungir doblemente en su carácter de oficiales de migración y vistas aduanales, tal como se estableció en el caso *United States vs. McDaniel* 463 F. 2d. 129 (5th. Cir. 1972), con el objeto de combatir uniformemente tanto la migración indocumentada como el contrabando.

El ejercicio de estas facultades de inspección y aprehensión es más o menos amplio, según se considere en las cuatro zonas siguientes:

- a) En la frontera misma donde hay pleno uso de sus facultades sin mediar orden judicial ni causa probable o indicios de sospecha.
- b) En las estaciones de inspección permanentes.
- c) En las estaciones de inspección temporales.
- d) En cualquier parte de la zona fronteriza mediante patrullas.

La complejidad de armonizar la protección de la Cuarta Enmienda con el ejercicio administrativo de las políticas migratorias se refleja fundamentalmente dentro de las zonas b, c y d. La frontera misma no presenta ningún problema, ya que resulta obvio que las entradas al país son forzosamente lugares de inspección y, en su caso, de aprehensión.

Quizá el caso más sencillo es aquel que presenta el supuesto de la inspección por patrullas del Servicio Migratorio (d). En el caso *Almeida-Sánchez vs. United States* 413 vs 266 (1973), la Suprema Corte declaró ilegal la inspección que una patrulla hiciera a un vehículo, sin causa probable, que circulaba a veinte millas de la frontera.

El caso *Almeida* determinó, en consecuencia, que el territorio norteamericano alejado de la frontera no podía equivaler a la frontera misma, por lo que la patrulla del servicio migratorio tiene que justificar su inspección con causas o indicios de probables hechos que configuran la violación de las leyes respectivas. Es decir, fuera de la frontera, una patrulla no puede efectuar sus funciones de inspección a menos que medie una causa probable, de lo contrario, su inspección se considera sin fundamento legal.²

² La inspección y aprehensión sin fundamento legal (*unreasonable search and seizure*) es un concepto desarrollado por la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Mapp v. Ohio* 367 V.S. 643 (1961). La decisión estableció el "principio de exclusión de pruebas" (*exclusionary rule*) por el cual se considera impropcedente la admisión de pruebas obtenidas por la autoridad con base en una inspección y aprehensión sin fundamento legal, aun a pesar de que dichas pruebas demuestren la culpabilidad del inspeccionado.

Posteriormente, en el caso *United States v. Brignoni-Ponce* 422 U.S. 873 (1975) la propia Corte trató de explicar lo que se debe entender como una causa probable para una inspección de una patrulla del servicio migratorio. Se interpretó que debería haber una sospecha razonable de que un vehículo transportaba extranjeros indocumentados; lo cual no es sino confiar en la amplia discreción de los agentes, pues basta con que en un vehículo haya pasajeros con apariencia "hispanica" para ser objeto de inspección migratoria.

Por lo que respecta a las estaciones de inspección, no ha habido consenso. En el caso *United States v. Ortiz* 422 V.S. 891 (1975), se estableció que en todas las estaciones de inspección debía mediar una causa probable para efectuar una inspección con fundamento legal. Sin embargo, poco después, en el caso *United States v. Martínez-Fuerte* 428 V.S. 543 (1976) se decidió lo contrario.

Con relación al problema planteado por las estaciones de inspección desde 1973 en el caso Almeida, se empezó a utilizar el concepto de "equivalencia funcional de la frontera", para exigir o desechar la existencia de una causa probable de inspección. Esta equivalencia consiste en la asimilación de cualquiera de las zonas fronterizas (*b, c o d*), a la frontera en sí misma para poder efectuarse inspecciones y aprehensiones sin mediar probable causa.

3. *Lineamientos del Tribunal de Apelaciones del 5º Circuito.* Este tribunal cuya competencia territorial abarca al estado de Texas, ha decidido varios casos sobre las estaciones de inspección. En el caso de *United States v. Hart* 506 F. 2d. 887 (5th, en 1975), 428 US 923 (1976) se estableció que las estaciones permanentes de inspección deben considerarse como equivalentes funcionales de la frontera, por lo que la inspección y detención de pruebas puede hacerse sin mediar causa que las justifique.

En el caso en cuestión, un vehículo que transitaba por la estación permanente de inspección, ubicada en Sierra Blanca, Texas, fue detenido por agentes de inmigración y, en la inspección, se encontraron 400 libras de marihuana.

Con base en este caso, el Tribunal de Apelaciones determinó criterios por los cuales una estación de inspección debería considerarse como equivalente funcional de la frontera y, en consecuencia, las garantías de la Cuarta Enmienda no son aplicables:

- a) Que la estación sea permanente, lo cual se verifica por la forma en que están ubicadas; es decir, que en estas estaciones hay generalmente anuncios previos, desviaciones, señales de paro total, etcétera, lo cual contribuye a descartar cualquier elemento sorpresivo en la inspección;

- b) Que el tráfico de vehículos es detenido o debe pasar por la estación, debido a la inexistencia de otras vías de comunicación;
- c) Que la estación en cuestión sea la única funcionando, supliendo las existencias en otros accesos;
- d) Que la estación esté localizada en puntos geográficos tácticos, como cruces de autopistas por ejemplo, y finalmente
- e) Que en dicha estación haya habido un buen registro de detenciones. En el caso *Hart*, la estación tenía un registro de haber detenido 1 300 indocumentados en un periodo de 13 meses.

Otros casos decididos por este mismo tribunal han seguido más o menos fielmente estos criterios. Sin embargo, en el caso *United States V. Alvarez-González* 542 F. 2d. 226 (5th. Cir. 1976) se determinó un criterio ligeramente distinto al último que observamos en el caso *Hart*.

Efectivamente, en el caso *Alvarez-González* se determinó que la equivalencia funcional se daba en el supuesto de que una estación contemplase una relación de tráfico de vehículos de procedencia internacional, mayor al de vehículos domésticos, con el objeto de garantizar así menores molestias a ciudadanos norteamericanos. En este caso se fijó una proporción tope para determinar dicha relación de tráfico: si una estación observa una proporción mayor del 60%, entonces dicha estación debe considerarse como un equivalente funcional de la frontera.

Este argumento merece la crítica por ser inconsistente con la realidad. De hecho muy pocas estaciones guardan fiel registro del tipo de tráfico de vehículos, por lo que este criterio ha degenerado en la vaga apreciación de carreteras con tráfico concurrido de vehículos extranjeros. Esta vaga apreciación ya ha servido como criterio para considerar la equivalencia funcional en el caso más reciente de *United States V. Luddington* 589 F. 2d. 236 (1979), ya aprobado por la Suprema Corte en 441 U.S. 936 (1979).

4. *Lineamientos del Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito.* Este tribunal cuya competencia abarca al estado de California, ha demostrado una tendencia más flexible del concepto de equivalencia funcional en detrimento de los derechos de la Cuarta Enmienda Constitucional.

En el caso *United States V. Baca* 368 F. Supp. 398 (S.D. Cal. 1973), el Tribunal trató de asimilar a todo tipo de estaciones de inspección, incluyendo a las temporales, como equivalentes funcionales de la frontera.

Afortunadamente, después de los casos *Ortiz* (1975) y *Martínez Fuerte* (1976), decididos por la Suprema Corte, esta flexibilidad tiene que ir desapareciendo.

5. *Esta magnífica nota de Adrienne Rivers* permite al lector mexicano apreciar los criterios jurídicos que se manejan para evitar la flagrante violación de derechos humanos de los trabajadores mexicanos en Estados Unidos.

Organizaciones de grupos minoritarios en Estados Unidos han fundado oficinas legales para dar asesoría y representar ante órganos gubernamentales a nuestros compatriotas. Considero que las muestras de simpatía que la población mexicana pueda brindarles debe alcanzar a los juristas mexicanos, en apoyo de la labor legal que tales organizaciones efectúan cotidianamente. Esta reseña muestra los buenos y necesarios argumentos que deben hacerse valer en el propio sistema judicial norteamericano para desterrar los persistentes vestigios de la discriminación anglosajona.

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA

RODRÍGUEZ, Yves, "Le monarque dans le nouveau régime politique espagnol", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, núm. 1, enero-febrero, 1982, pp. 65-96.

La Constitución española de 29 de diciembre de 1978 adopta una forma nueva de monarquía parlamentaria que responde a la preocupación democrática de la España contemporánea. El rey Juan Carlos de Borbón, "legítimo heredero de la dinastía histórica" (artículo 57), debe adaptarse a este nuevo concepto del monarca, que rompe con la tradición del siglo XIX. En efecto, si la ley fundamental limita bastante el poder del soberano, en cambio establece su preeminencia formal en las instituciones del Estado.

De suerte que —subraya el autor— en razón de esta preeminencia que le atribuye la Constitución (I), el monarca va a adquirir de hecho una real influencia política (II).

I. LA PREEMINENCIA FORMAL CONCEDIDA AL MONARCA

La excelente política que ha llevado la monarquía durante el periodo de transición, es decir, su contribución decisiva en la evolución democrática del país, ha justificado una aceptación política fundamental de la preeminencia del rey; por otra parte, al adoptar la monarquía parlamentaria como "forma política del Estado español", la Constitución de 1978 confirma esta preeminencia.

A. *La aceptación política de la preeminencia monárquica*

1. *La necesidad política de la monarquía* ha sido reconocida tanto por los principales líderes parlamentarios como por el mismo pueblo, pese a los defectos históricos que pueden reprochársele.

En 1975, el rey representa la legalidad que fundamenta el poder monárquico, y este poder no ha sido objeto de confrontación belicosa durante la guerra civil; de ahí su utilidad para asegurar una sucesión que dividiera menos, en una España partida por las contiendas ideológicas. La monarquía, única institución de conciliación y de cohesión social, era sola susceptible de asegurar la integración de la nación y de realizar el cambio político, pues era la forma de poder que debía permitir la democracia, frente a la debilidad institucional de las cortes —que hasta 1978 conservaron su dirección franquista— y de los partidos políticos que estaban adaptándose a las exigencias tácticas del nuevo enfrentamiento político.

La justificación de la monarquía por los factores políticos antes mencionados iba a suscitar un consenso popular progresivo que debía cristalizar en el reconocimiento de la preeminencia de la autoridad real.

2. *El reconocimiento popular de la preeminencia monárquica* se ha realizado en tres etapas, muy diferenciadas, según el rey ha sido soportado, tolerado o consagrado.

Al fallecer Francisco Franco en noviembre de 1975, la transmisión de poderes, lejos de favorecer una novación prematura, debía asegurar ante todo la continuidad; ello explica que el rey tuvo que confirmar en su puesto a Arias Navarro —quien encabezaba el último gobierno del “caudillo”—, bajo las presiones de la ultraderecha y de los íntimos del difunto jefe del Estado. Paradójicamente, la monarquía se esforzó en sacar beneficio de esta designación, al ampliar subrepticamente su autoridad a medida que se desacreditaba su primer gobierno. Pero, obviamente, todo quedaba por hacer, pues nada iba a resultar favorable para una monarquía que no podía compensar precipitadamente años de restricciones a las prerrogativas de las personas. Sin embargo, con la dimisión de Arias Navarro el primero de julio de 1976 y el nombramiento inmediato de Adolfo Suárez, al esfuerzo aparente para conservar el orden político franquista va a suceder la voluntad de abandonarlo para encaminar el sistema hacia la democracia.

La tarea delicada de la reforma la llevaron con prudencia y habilidad el rey y el presidente del gobierno. Partiendo de una voluntad de continuidad jurídica, han logrado obtener que las mismas instituciones legales de la dictadura les proporcionen los medios propios para modificarlas, y que sus propios defensores las abandonen paulatinamente. El

consentimiento así obtenido tenía la ventaja de no romper con el orden institucional, a la par que permitía el control monárquico del proceso así entablado. Desde la ley para la reforma política, de 16 de diciembre de 1976, la regresión del franquismo era un fenómeno evidente, y siguió acentuándose al ritmo de las iniciativas políticas tomadas con base en la estrategia del consenso: los “pactos de la Moncloa” de los 25 y 26 de octubre de 1977 y la redacción de la nueva Constitución hasta el otoño de 1978 han sido las etapas principales.

A consecuencia de la ley de 1976, que permitió revisar mediante referéndum las leyes fundamentales del reino franquista, la Corona, símbolo de la continuidad del Estado, se ha convertido en elemento clave del proceso constitucional que se iniciaba: mediante consulta popular, el 94.2% del cuerpo electoral expresó su adhesión a la forma monárquica del Estado. Por su parte, los “pactos de la Moncloa”, celebrados entre el gobierno y los partidos políticos, han confirmado la aceptación de la ya mencionada transición convencional y han reforzado la perennidad de la conciliación de las fuerzas políticas.

Estaba por abrirse la etapa de la “autoridad consagrada” del rey, pues, en la conciencia popular, el sentimiento de la legitimidad de Juan Carlos de Borbón era ya indiscutible e indiscutido: legitimidad compleja, a la vez histórica, dinástica y democrática. La legitimidad democrática de la monarquía procede formalmente de la Constitución de 1978; en efecto, este texto, símbolo mismo de la aceptación de la autoridad monárquica, expresa y confirma el reconocimiento popular de la preeminencia del rey.

B. La confirmación constitucional de la preeminencia monárquica

“El artículo 1-3 de la Constitución: ‘La forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria’, se sitúa innegablemente dentro de la perspectiva de jerarquización formal de las instituciones” —estima el autor. En efecto, esta redacción refleja la voluntad política de subrayar la preeminencia de la monarquía para con los demás órganos del Estado.

Concretamente, este reconocimiento de la monarquía como “forma de Estado” traduce la intención de acentuar la eficacia de la Corona; de ahí que el referido artículo 1-3 no establece solamente competencias expresamente jurídicas, sino que subraya al mismo tiempo las funciones políticas que van a condicionar la influencia real del monarca.

II. LA INFLUENCIA REAL ADQUIRIDA POR EL MONARCA

A consecuencia de los procedimientos constitucionales, que niegan al rey responsabilidades directas en la vida política, la autoridad del monarca se ejercerá como una influencia limitada; en cambio, en circunstancias excepcionales, esta autoridad podrá manifestarse con más claridad y reforzar así la influencia monárquica.

A. La permanencia de la influencia limitada del monarca

La influencia del rey solamente puede ejercerse en "las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes" (artículo 56-1), es decir las funciones de integración y de regulación.

1. *La función de integración.* El rey es el "jefe del Estado, símbolo de su unidad y de su permanencia" (artículo 56-1); a este título, representa también el Estado en el dominio de las relaciones internacionales, sin perjuicio de la competencia exclusiva del gobierno en la materia (artículo 97).

Símbolo de la unidad del Estado, el rey corrige la división de poderes, al promulgar las leyes y los decretos; en segundo lugar, afirma las condiciones de asimilación de "todos los pueblos de España", a la par que la Constitución "reconoce y garantiza el derecho de las nacionalidades y de las regiones que la integran..." (artículo 2). Por otra parte, el carácter hereditario de la monarquía refleja también la permanencia del Estado frente a la diversidad e inestabilidad que pueden manifestarse en el gobierno y en las cortes. En su calidad de representante supremo del Estado en las relaciones internacionales, el rey acentúa su vocación simbólica: nombra a los embajadores y demás agentes diplomáticos, declara la guerra y concluye la paz previa autorización de las cortes, etcétera.

En realidad, y en virtud de la exigencia del refrendo ministerial, el ejercicio efectivo de las prerrogativas reales pertenece al gobierno, responsable ante las cortes. Pero ello no impide que la influencia política del monarca se ejerza efectivamente, al inspirar, orientar, suscitar y discutir el ejercicio de la actividad política gubernamental.

2. *En su función de regulación,* el monarca, autoridad neutra, "arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones" (artículo 56-1). Pero la expresión jurídica del arbitraje queda reducida, de tal suerte que la influencia monárquica se ejercerá mediante un papel de moderación de la actividad política.

En efecto, la idea jurídica del arbitraje implica, en teoría, posibilidades de intervención autoritaria respecto del gobierno, las cortes, el

pueblo y hasta la Constitución. Ahora bien, conforme a la Ley fundamental, estas posibilidades son muy reducidas o, mejor dicho, inexistentes. Ciertamente, al rey le compete poner fin a las funciones del presidente del gobierno, así como destituir a los ministros; sin embargo, no es juez de la oportunidad de tales medidas, pues estas revocaciones son las consecuencias normales de una votación de censura de las cortes o de la dimisión voluntaria del presidente del gobierno (artículo 100). De la misma manera, respecto de la actividad parlamentaria y del recurso al referéndum, la función arbitral del rey resulta muy limitada; en efecto, la irresponsabilidad política del monarca (artículo 56-3) es el elemento determinante que reduce el alcance de su papel de árbitro.

Pero ello no impide que el rey vigile y controle el funcionamiento regular de las instituciones, moderándolas eficazmente; en efecto, "informado de los asuntos del Estado" (artículo 62-g), el rey preside el Consejo de Ministros. Así es como, si bien no es el árbitro que algunos deseaban que fuese, el monarca se ha convertido en "la expresión única de una magistratura moral que procede esencialmente de su legitimidad personal, reforzada por su experiencia política de órgano permanente". En suma, si el rey no es susceptible de ejercer jurídicamente una acción constriñente, en cambio sí puede aconsejar y orientar la acción política de su gobierno, de manera eficaz y permanente.

B. *La eventualidad de una influencia reforzada del monarca*

Este papel de conciliación, en tiempo normal, puede dar lugar en circunstancias excepcionales a una influencia reforzada del rey, entonces llamado a ejercer un papel de animador.

Esta eventualidad "es inherente a la esencia misma de la monarquía, en la medida en que su fuerza radica en la alianza casi mística del pueblo y del rey". La Constitución contempla la posibilidad del predominio incidental del monarca, al reconocer al rey la facultad de proponer a un candidato para la presidencia del gobierno (artículo 62-d) y de "asumir el mando supremo de las fuerzas armadas" (artículo 62-h). Es preciso subrayar que, de ser ejercidas en periodo de crisis, estas dos prerrogativas pueden constituir una ventaja muy importante y dar lugar a "una curiosa figura híbrida de monarca presidencialista".

1. *La primera prerrogativa* podría revelar ser decisiva cada vez que se invocaran la ausencia de mayoría homogénea y la inorganización parlamentaria. Pero cabe precisar que el rey tiene solamente el derecho de proponer a un candidato, y que a las cortes les compete otorgar su confianza a dicho candidato (artículo 99-3). Sin embargo, la influencia

del rey podría resultar reforzada en la hipótesis —bastante inverosímil a nuestro parecer— de que un presidente del gobierno, regularmente investido y agradecido por la intervención del monarca en su favor, abriera a la influencia del rey el Consejo de Ministros, favoreciendo así la acción política del monarca susceptible de convertirse en jefe de Estado que gobierne realmente.

2. “Esta perspectiva se amplía aun —advierte el autor— cuando se invoca la legítima defensa del Estado: entonces es cuando, por necesidad, el monarca va a sustituirse a los demás poderes”, y dar así la medida de su importancia en circunstancias excepcionales. En efecto, la tentativa de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981 ha demostrado que, *al ejercer la segunda prerrogativa* que le atribuye la Constitución, el rey Juan Carlos ha contribuido eficazmente a salvaguardar la democracia: no ha vacilado en exigir al Consejo de secretarios de Estado el restablecimiento de la seguridad nacional, bajo su propia dirección y autoridad, así como el dictar “todas las medidas que se imponían para mantener el orden constitucional”.

Estos sucesos, y otros más recientes, han permitido que el rey afirmara y reforzara su influencia política. Por otra parte, la persistencia de las amenazas contra el orden constitucional obliga al monarca a estar siempre alerta, frente a un ejército que alimenta obsesiones de reconquista y persigue cruzadas anticuadas. Semejante situación —estima el autor— podría justificar el comienzo de un poder monárquico que los constituyentes han querido limitar.

Monique LIONS

SERNA ELIZONDO, Enrique, “Democracia y cultura en México”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. III, núm. 17, marzo-abril, 1982, pp. 33-43.

En las democracias pluralistas existe una estrecha vinculación entre política y cultura. En efecto, el desarrollo de la cultura es una base esencial para el desarrollo de la democracia; y, por otra parte, el régimen democrático garantiza la igualdad de oportunidades de acceso a la cultura. Dicho de otro modo, se requiere de una cultura para que se dé la democracia, y al mismo tiempo se necesita de una democracia para hacer realidad la cultura.

I. LA DEMOCRACIA Y LA CULTURA EN MÉXICO

Para una mejor comprensión de la relación tan estrecha que existe entre estos dos conceptos, el autor destaca la concepción que de la democracia se tiene en México, al evocar a los Constituyentes de Querétaro, a través de la muy clara formulación que han establecido: "la democracia no es solamente considerada como un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo". De ahí que este constante mejoramiento es un aspecto fundamental de la democracia, y los Constituyentes de 1917 "han vislumbrado la trascendencia de la cultura como parte medular de lo que debería ser la calidad de vida para las siguientes generaciones" —destaca el autor.

Pero, ¿qué es la cultura? Es la suma de conocimientos, costumbres, tradiciones y formas de vida que un pueblo va acumulando a lo largo de su historia. Todos y cada uno de los pueblos tienen una cultura que les es característica, si bien pueden observarse diversos grados en el desarrollo de las sociedades: las hay avanzadas y las hay bastante atrasadas en el plano de la cultura. Pero es preciso destacar que la cultura, como patrimonio universal, no es derecho exclusivo de un país o de un grupo social determinado, sino que constituye un bien que debería estar al alcance de todos.

Por otra parte, cabe recordar que la democracia económica, social, política y cultural es indisoluble. En efecto, no puede aspirarse a una democracia cultural mientras no se haga realidad una democracia económica, política y social; pero al mismo tiempo, tampoco puede aspirarse a una democracia económica, política y social si no se lleva a la práctica una democracia cultural.

II. LA DEMOCRACIA CULTURAL

En el México de hoy, son ocho los supuestos que condicionan el desarrollo de la democracia en la cultura: igualdad de oportunidades para la cultura; libertad para la cultura; la cultura como expresión de justicia social; la cultura vinculada al proyecto nacional; el Estado como promotor y rector de la cultura; una cultura para la identidad nacional; el pluralismo cultural, y la cultura como patrimonio del pueblo mexicano.

1. *Igualdad de oportunidades para la cultura.* Ha sido una aspiración permanente del pueblo mexicano alcanzar los niveles mínimos de bienestar económico y justicia social; esta aspiración la recoge la Constitución al consagrar la democracia como una forma de vida que persigue el

mejoramiento integral del pueblo, y ha establecido un derecho a la cultura, un derecho social que el Estado debe garantizar.

Sin embargo, es de todos conocido que la sociedad mexicana es una sociedad de clases con grandes desigualdades económicas, políticas, sociales y culturales; por ello, se ha convertido en una demanda insatisfecha de un sector importante de la población. La cultura, fuente primordial de mejoramiento de la vida social, debe ser accesible para todos; de ahí el papel muy importante de las bibliotecas, museos, exposiciones, libros, revistas, así como del teatro, el cine, la radio y la televisión. Es necesario fortalecer los mecanismos existentes para difundir la cultura, no sólo en los centros urbanos sino también en el medio rural.

2. *Libertad para la cultura.* La libertad es un elemento imprescindible para el desarrollo de la cultura; en efecto, el derecho a la crítica y la libre manifestación de todas las ideas y corrientes filosóficas y artísticas son inseparables de una democracia de la cultura. Ciertamente, esta libertad no significa libertinaje, ni apropiación de la cultura por grupos elitistas que la niegan a los demás; este fenómeno ha hecho indispensable que el Estado asuma un papel de promotor y rector de la cultura.

3. *La cultura como expresión de justicia social.* "Que se dé la cultura en la libertad, y que ésta llegue a todos es justicia social" —destaca el autor. La cultura ha sido siempre un factor fundamental en el proceso de cambio social. En México, los mejores valores de la cultura política están ligados a los valores de la política cultural: libertad, democracia, desarrollo y justicia social, dentro de un oportuno equilibrio entre el nacionalismo y el internacionalismo. En el terreno de la cultura, un orden democrático supone el respeto a la libertad del individuo y a la de los grupos, para pensar, para crear en el dominio del arte, y para expresarse en el de la ideología.

4. *La cultura vinculada con el proyecto nacional.* El proceso de la cultura no es un fin en sí, sino un medio que debe contribuir en alcanzar otros objetivos más amplios y más variados. La cultura en México debe estar en relación estrecha con el proyecto de país por construirse. Por ello, las características que deberá tener la educación nacional, conforme al artículo 3 de la Constitución, también pueden aplicarse a la cultura: a) será promovida por el Estado; b) desarrollará todas las facultades del ser humano; c) fomentará tanto el espíritu patriótico como la conciencia de la solidaridad internacional; d) respetará todas las creencias, y será laica; e) luchará contra la ignorancia y sus efectos, como el fanatismo y los prejuicios; f) será democrática y nacionalista; g) contribuirá a la mejor convivencia humana y buscará la igualdad de derechos de todos.

La política cultural no puede concebirse como una política autónoma, independiente de las demás políticas nacionales, sino que todas deben estar unidas, tender hacia los mismos fines, equilibrarse y sincronizarse en el tiempo.

5. *El Estado como promotor y rector de la cultura.* Conforme a la Constitución, al Estado le corresponde constituirse en promotor y rector de la cultura, para asegurar una auténtica democracia. Por una parte, el Estado debe proporcionar el apoyo para fomentar todas las manifestaciones de la cultura, y, por otra, garantizar un clima de libertad para todas las expresiones y corrientes; ciertamente, la tarea será ingrata cuando los intereses del Estado entren en oposición con determinadas actitudes o tendencias de ciertos exponentes de la cultura.

El Estado no puede ni debe permitir un monopolio sobre la cultura, pues ésta "sólo florece en libertad". Si bien no es deseable el absoluto control de la cultura por parte del Estado, tampoco puede aceptarse que, so pretexto de un régimen de libertad, exista un intervencionismo cultural de otro tipo, como por ejemplo una influencia extranjera malentendida que contradiga valores nacionales muy arraigados. Por ello, es preciso dar a la cultura la difusión más amplia a través de los diversos medios de comunicación, para fomentar la participación, la curiosidad y la innovación cultural. Por otra parte, si cabe estar en guardia contra la burocratización de la cultura, la acción del Estado resulta indispensable para garantizar los recursos necesarios para el fomento de las actividades culturales, así como para asegurar un clima de libertad sin el que no hay desenvolvimiento cultural.

6. *Una cultura para la identidad nacional.* El México actual es el resultado de la fusión de dos culturas: la indígena y la hispánica. Esta cultura mestiza debe permitir que se afirme la mexicanidad, es decir la especificidad de la identidad nacional, y que se fortalezca la solidaridad social.

A lo largo de la historia de México, se han manifestado dos tendencias opuestas en el dominio de la cultura: imitar los modelos del extranjero, o buscar la esencia del ser nacional en las propias raíces mexicanas. Sin caer en un nacionalismo excesivo ni descartar el beneficio de ciertas inspiraciones exteriores, lo fundamental debe buscarse en el propio ámbito mexicano.

7. *El pluralismo cultural.* La democracia pluralista debe darse en todos los campos, y la cultura es uno de ellos. México es, y ha sido desde su más remota historia, un país en el que conviven pueblos y grupos con culturas e identidades diversas: la sociedad mexicana es una sociedad étnica y culturalmente plural. El problema consiste en cómo

concebir este pluralismo y qué papel debe asignársele en la tarea de construir una sociedad mejor para todos.

Cabe subrayar que la diversidad cultural no es un obstáculo para el futuro del país. En efecto, a partir del reconocimiento y de la legitimación de la pluralidad, de la diferencia, se puede concebir una verdadera solidaridad nacional, una convergencia afirmada hacia un mañana mejor, que no implica uniformidad sino igualdad: una auténtica conciencia nacional que abarca la diversidad de identidades étnicas, locales y regionales. Para que ello sea posible, es necesario llevar a cabo un "gran movimiento de democratización del acceso de las oportunidades y satisfactores culturales".

8. *La cultura, patrimonio del pueblo de México.* Es preciso fortalecer la cultura nacional a través de dos grandes tareas estrechamente relacionadas; por una parte, se trata de ampliar la participación democrática de los grupos, las comunidades y los individuos, para el conocimiento, la creación y el disfrute de la cultura nacional; por la otra, se trata de difundir, afirmar y enriquecer la identidad cultural.

No hay contradicción entre pluralismo social y cultural y unidad nacional. El desarrollo hacia un futuro viable exige que se tome en cuenta la identidad cultural para consolidarla, no para olvidarla; y de esta tarea el Estado no puede desentenderse.

La cultura es un capital intangible, útil no sólo para el deleite sino para todos los actos, hasta los más sencillos de la vida cotidiana. La diversidad cultural significa, entonces, un patrimonio más rico para el conjunto de la sociedad. Cuando se habla de salvaguardar la identidad cultural mexicana, no se pretende detener la evolución de la nación, sino orientarla al servicio de las aspiraciones y las necesidades del país. El Estado debe favorecer y estimular el cambio.

Monique LIONS

VANOSI, Jorge Reinaldo, "Etapas y transformaciones del consitucionalismo social. (Los problemas del Estado social de derecho)", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Buenos Aires, año XXIV, núm. 2, 1982, pp. 3-29 del sobretiro.

El distinguido constitucionalista argentino aborda en este excelente trabajo, muy rico en sugerencias, la compleja problemática del constitucionalismo social, en virtud de la falta de una conceptualización más o menos precisa, de tal manera que el término pudiera encuadrarse den-

tro del marco de ideas concretas sobre el Estado, la democracia y el derecho.

El profesor Vanossi observa con agudeza que la ubicación de la "democracia social" como etapa evolutiva de la democracia política no puede ser estimada como un abandono ni como una operación de resta, sino que, por el contrario, significa la vigorización de la propia democracia política, la cual no tendría porvenir sino dentro del marco del constitucionalismo social. Por ello, al modelo político de una "democracia social", corresponde el modelo constitucional de un "Estado social de derecho", según el pensamiento del ilustre Herman Heller, o más precisamente de un "Estado democrático y social de derecho", como lo define el artículo primero de la Constitución española de diciembre de 1978.

Por otra parte, la formulación de ese modelo político de la "democracia social" es la resultante de una serie de componentes aportados por varias corrientes del pensamiento político que de manera concurrente procuran el objeto de un cambio encauzado o concertado sobre la base filosófica del *solidarismo*, que se aparta de los dos extremos del individualismo y del colectivismo. Por ello, el destacado jurista argentino considera que la combinación ideal, en materia político-constitucional, debe comprender los siguientes sectores:

a) un régimen de derechos civiles (individuales), que aseguren plenas garantías y adecuado control, con el propósito de alcanzar la mayor creatividad a través de la libre acción humana (la libertad creadora).

b) un régimen de derechos políticos, que permita alcanzar un nivel óptimo de legitimidad y de participación, para asegurar el objetivo democrático del autogobierno (*self-government*).

c) un régimen de derechos sociales, orientado hacia amplias metas de seguridad y justicia distributiva, necesarios para lograr una mayor igualdad.

En seguida, el autor aborda el tema de la consagración de los principios de la democracia social en las constituciones contemporáneas, precepto que tiene la misma función de las restantes disposiciones de carácter constitucional, es decir, proporcionar el cauce de ordenamiento jurídico-institucional a través del cual las fuerzas sociales podrán actuar al servicio de los intereses generales, o en otras palabras, fijar "reglas del juego", que permitan el desenvolvimiento de la vida política. Por este motivo la incorporación de preceptos que consagren los principios de la democracia social no debe convertirlos en un "catálogo de ilusiones", ya que el camino hacia la democracia social no requiere de grandes reformas en la *Constitución formal*, pues se debe desconfiar de los verbalismos.

Desde el punto de vista de la técnica constitucional deben considerarse como acertados los criterios adoptados por la Constitución italiana de 1948 y la ley fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, en cuanto a su regulación de los postulados del constitucionalismo social, pero se debe tener presente que no cualquier inclusión o agregado de disposiciones económicas y sociales implica el establecimiento de una "democracia social", pues es necesario cumplir con las exigencias de la "racionalización del poder", sin la cual sólo se transformarían en el marco de un régimen autocrático. En consecuencia, en la opinión fundada del profesor Vanossi, son falsamente "progresistas" las tesis que predicán el alcance de objetivos de cambio (social, económico o cultural) a través de formulaciones opuestas a las "reglas del juego" de un sistema democrático, ya que si bien podrán obtenerse ciertos resultados —especialmente de carácter material en un plazo relativamente corto, en el ciclo de la evolución política de la comunidad que adopta o padece ese régimen, los resultados serán negativos en cuanto a la plena realización de la dignidad del hombre, del goce de sus más variadas libertades (derechos individuales, políticos y sociales) y de la consolidación de la paz social.

Si se pretende trazar el desarrollo de la democracia social, debe partirse de la herencia del constitucionalismo clásico, que el conocido jurista argentino señala en sus aspectos esenciales reconocidos actualmente; y con ese apoyo examinar su evolución hacia un nuevo tipo de Estado, en la que se advierten tres etapas bien definidas, que pueden sintetizarse brevemente de la siguiente manera:

1º) El periodo que va desde el surgimiento con las constituciones de México y de Weimar, hasta el ocaso de las democracias con motivo de los regímenes totalitarios europeos (1917-1940). Durante ese tiempo las formulaciones constitucionales consistieron básicamente en la inserción formal de los nuevos derechos (derechos sociales), además de la incorporación de algunos preceptos sobre materias económicas que producían el efecto de limitar el ejercicio "absoluto" de ciertos derechos individuales o de reservar para el Estado el monopolio o la supremacía en la realización de ciertas actividades.

2º) La segunda etapa se inicia en la segunda posguerra con motivo del restablecimiento democrático en Europa Occidental y se prolonga hasta la década de los setenta; en ese lapso se incorporan a los textos fundamentales las nuevas funciones del Estado, estimados como deberes o imperativos de éste hacia la sociedad (Constitución de Italia, artículo 3º) y se corona la nueva concepción del Estado social de derecho (como lo define la ley fundamental alemana, artículo 20). Pero como esta nueva función estatal implica un notorio crecimiento del "Es-

tado administrativo", es preciso proporcionar a las personas y a los grupos las herramientas apropiadas para su defensa frente a los abusos de la creciente burocracia, de acuerdo con un criterio esencial: a todo aumento del poder debe corresponder un consiguiente paralelo reforzamiento de los controles y de la responsabilidad de los que ejercen ese poder.

3º) En el periodo actual que surge hace poco más de una década, aparecen derechos sociales "nuevos" para proteger a titulares con la fuerza o la justificación social suficiente para obtener la protección jurisdiccional, como ocurre con los derechos del niño y de los ancianos dentro de la familia; el reconocimiento de nuevos grupos, como los de los consumidores, que requieren de tutela jurídica, y también la progresiva aceptación de nuevos bienes jurídicos tutelados a través de la técnica específica de los derechos sociales, como por ejemplo la protección del ambiente, todo lo cual obliga a los juristas en general y no sólo a los constitucionalistas, al descubrimiento de fórmulas e instituciones que permitan alcanzar niveles adecuados de una *efectiva y real protección* de estas situaciones subjetivas cada vez más complejas.

Pero además es necesario tomar en cuenta la perspectiva de la presente etapa del constitucionalismo social, en virtud de que el peligro bélico mundial y el desvío gigantesco de los recursos materiales y de energía humana que ese peligro provoca, son de tal magnitud que el constitucionalismo no puede desentenderse de la búsqueda de instrumentos que coadyuven a detener y aliviar una situación tan desesperante. En este sentido el profesor Vanossi considera que el *aseguramiento de la paz mundial a través del derecho* debe ser objetivo constitucionalmente prioritario y así promovido en los movimientos constitucionales de cada Estado.

En la parte final de su estudio, el profesor Vanossi estima, con penetración, que no es fácil intentar un juicio de conjunto sobre la totalidad del ciclo del constitucionalismo social, por tratarse de un proceso en pleno desarrollo, y por ello después de señalar los peligros y las realizaciones del constitucionalismo social, en particular por lo que se refiere a las relaciones cada vez más imprecisas entre la sociedad civil y el Estado, las cuales habrían sido claramente delimitadas por el constitucionalismo clásico. Al respecto, señala dos aspectos fundamentales que vinculan la continuidad entre el Estado de derecho clásico con la actual democracia social:

1º) Que el Estado y todo su aparato son reflejo o epifenómeno de la sociedad, pues si bien el propio Estado ha sido dotado de nuevas funciones y directivas de acción con el objetivo de provocar o favorecer el cambio de la sociedad civil, esto se debe a la decisión de esa sociedad y debe estar sujeto a control de la misma.

2º) Que por encima de los cambios, la delimitación de ámbitos entre la sociedad y el Estado sigue siendo un instrumento necesario para el aseguramiento de la libertad, pues si bien pueden admitirse ajustes y reajustes en el trazado de la línea demarcatoria, la misma debe existir y además ser lo más ampliamente conocida por los gobernantes y gobernados, de manera que el proceso dinámico que se registra entre ambas entidades supone el mantenimiento de esferas diferenciadas, definibles y defendibles.

Las importantes y acertadas reflexiones del profesor Vanossi nos interesan particularmente a los juristas mexicanos, tomando en consideración que nuestra Constitución federal de 1917 fue la primera que inició el incontenible movimiento del constitucionalismo social, que continuó con la Constitución de Weimar de 1919, en su etapa inicial de la consagración de los derechos sociales anteriormente establecidos en la legislación ordinaria. Pero indudablemente que hemos avanzado hacia las siguientes etapas de la democracia social, al modificarse algunos preceptos de nuestra carta fundamental para incorporar otros aspectos esenciales de las transformaciones de nuestra sociedad, a través del reconocimiento de nuevos derechos como los relativos al trabajo y a la información, así como por conducto de los recursos naturales y de los lineamientos económicos del Estado.

No obstante las numerosas reformas a nuestro texto constitucional, que se aproximan a las trescientas, todavía no podemos considerar que se ha logrado una adecuada precisión normativa de la democracia social a la que aspiramos, y por ello se requiere de estudios serenos y profundos con el objeto de encontrar los mecanismos jurídicos que nos permitan vigorizar el carácter democrático y social de nuestro sistema político.

Héctor FIX-ZAMUDIO

DERECHO ECONÓMICO

BAJONS, Ena-Marlis, "L'azione collettiva; aspetti comparatistici di un nuovo tipo di azione a tutela del consumatore", *Rivista di Diritto Civile*, Padua, año XXVI, núm. 3, mayo-junio de 1980, pp. 292-302.

En este breve artículo la autora explica las principales disposiciones de la ley austriaca de protección al consumidor de 1979 (BGBl.1979/140), particularmente las referentes a la acción colectiva (*verbandssklage*), com-