

Las Raíces Condicionadoras del Poder Legislativo (en el Derecho comparado)

AURORA ARNÁIZ AMIGO

Catedrática titular de "Teoría General del Estado" de la Facultad de Derecho (UNAM) y de "Derecho Constitucional" en dicha institución.

SUMARIO: 1. *Consideraciones generales.* a) The rule of law. b) Las limitaciones a la ley en los EE. UU. c) The rule of law in France. 2. *El principio de legalidad en Francia.* 3. *The arbitrary power.* 4. *Equality before the law.* 5. *Primado de la ley ordinaria.* 6. *Conclusión.*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

SI BIEN el tema central de la presente monografía ha de referirse a la organización y funcionamiento del Poder legislativo comparativo, sin embargo, nos asaltan algunos interrogantes previos sobre las leyes elaboradas por los poderes: ¿Cuáles son las raíces jurídicas de los Estados modernos? Sin duda, antes de acordar el Derecho, éste ha de encontrarse en algún lugar. El Poder legislativo, atenido a determinado procedimiento, con atribuciones posiblemente diferentes en cada Estado, no puede realizar el milagro de obtener los datos de la nada.

Las raíces de las comunidades políticas están adscritas a familias hoy día reconocidas por la doctrina comparativista. Los principios generales del Derecho proceden de los pueblos a través de su costumbre jurídica tradicional. El Estado ha de elevarlos a Derecho positivo, mediante procedimientos específicos y formales. No se trata de milagro alguno procedente de pretendida inspiración divina. Lo curioso es que de las raíces consuetudinarias jurídicas de pueblos sin historia común, puedan

obtenerse agrupaciones de familias jurídicas. En ello está de acuerdo la doctrina comparativista. Se menciona a las siguientes familias jurídicas contemporáneas: la romano-germánica, la del Common Law, la de los derechos socialistas y una diversidad de filosofías jurídico-religiosas, primigenias.

¿Cómo se formaron estos sistemas, hoy ya clasificados? Los autores coinciden en señalar que proceden de la época prerrenacentista, es decir, de la Baja Edad Media, y concretamente del siglo de Oro europeo, el siglo de la exclaustación del saber. Con anterioridad a este siglo XIII y dada la fundamentación teológica cristiana de la sociedad en la Alta Edad Media, predomina la costumbre jurídica comarcal, que originará los derechos forales. Es precisamente con la aparición de las Universidades cuando investigadores, eruditos y los nuevos profesionales del Derecho comenzaran a establecer codificaciones técnicas con el deseo de que supervivieran las peculiaridades jurídicas relativas, relacionadas con el canon religioso-cristiano. Grandes doctrinarios romanistas con sus glosadores dictaminarán el Derecho y redescubrirán la existencia de un común denominador en el Derecho natural.

Difícilmente podrán ser estudiados los derechos nacionales sin la labor previa de los recopiladores y glosadores y sin la importancia de su divulgación que establecieran las cátedras universitarias de Derecho. Ya para entonces había surgido la Epoca Moderna. Francia, Inglaterra, España, Italia, realizaron esta admirable labor de difusión de los derechos nacionales con sus codificaciones específicas. En los siglos XVIII, XIX, y hasta nuestros días, los Códigos nacionales son editados en el exterior y en idiomas extranjeros para conocimiento de los estudiosos e investigadores del Derecho. El Derecho Romano a través de la opinión de los glosadores (Bartolo, Baldo y Acursio) en unión de los pandectistas unifican los Derechos nacionales.

No hay todavía un poder específico que fije las normas aun cuando nos estamos acercando al siglo XVIII en el que la división de poderes alcanzará considerable reconocimiento.

“El sistema romano germánico ha tenido la virtud de unir a los pueblos de Europa en el respeto por su diversidad sin la cual Europa no sería lo que es... jamás ha sido un derecho uniforme; el *ius commune* de Europa continental siempre ha sido, por naturaleza, muy diferente del Common Law, el cual representa el Derecho uniforme aplicado por los Tribunales Reales en Inglaterra, en oposición a las costumbres

locales existentes antes de que afirmase el Common Law y que, en muy escasa medida ha subsistido hasta nuestros días".¹

En el siglo XVIII va a aparecer la segunda gran revolución en la búsqueda de una concesión uniforme para el Derecho. Y así, el Derecho natural y el romanista, ambos unificadores de los Derechos positivos naturales,² son sustituidos por los denominados Derechos subjetivos. Es decir, la pretensión, la facultad, la atribución posible de los Derechos innatos en el individuo frente a sus semejantes en los denominados status personales. Surgirán después los Derechos públicos subjetivos o protegidos por el Estado. Estamos ya en presencia de nuevos conceptos de libertades políticas en un intento de romper las amarras del hijo frente a los padres, de la mujer frente al esposo, del gobernado frente al gobernante, del individuo frente al Estado. Contrariamente a lo que suele decirse, el Estado a través de sus Normas Supremas, no va a regular la imposición y a sostener el sometimiento. No va a fijar las situaciones de desigualdad. La Norma Jurídica, técnica elaborada por el Estado a través de un delimitado sistema de competencias, protegerá a quien necesite protección y fijará las bases de la igualdad frente a la ley dentro de la sociedad.

Trasciende del propósito y espacio de la presente monografía, el desarrollar las raíces semejantes, aún existentes fuera del núcleo propio de las mencionadas familias jurídicas, pertenecientes al mundo contemporáneo. Nos limitamos a mencionarlas haciendo referencia a la importancia de las fuentes del Derecho, tales como la Ley y la Jurisprudencia, su primera fuente. Situados ya en la época moderna y en la denominada división de poderes del Estado, aparece la presentación técnica del principio jurídico manifestado y recogido en la denominada Norma Jurídica, incluida en Códigos clasificados por materias. Curiosamente, las codificaciones, es decir, la recopilación de normas correspondientes a temas comunes se presentan por escrito en el idioma de la Nación con dos excepciones: las primigenias raíces de la consuetudojurídica, y el Common Law.

Salvo estas mencionadas inducciones del caso concreto predomina en los modernos Derechos positivos la deducción de los principios generales del Derecho. Así, el valor absoluto de la justicia está recogido en la equidad particular del caso concreto (Norma Jurídica). Hay además un

¹ Rene Davis, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Ob. Cit.

² Véase Luis Sánchez Agesta, *España al encuentro de Europa*, Ob. Cit. Concretamente los Caps. I y II.

status de considerable importancia tanto para los Poderes Constituyentes que elaboran las Normas Supremas de los Estados como para los Poderes constituidos (Poder legislativo y jurisprudencial que dictan las leyes o normas jurídicas, a saber: los doctrinarios, teorizantes y profesores universitarios del Derecho).

Si bien existe un bien formulado sistema de competencias, hay en la práctica interferencias legales que colaboran en una progresiva renovación del Derecho positivo: "...Por lo que se refiere al Derecho francés, éste junto con el inglés, debe ser calificado de Derecho de los juristas (Juristenrecht); en dicha expresión se oponen al conjunto de los juristas, compuesto especialmente de jueces y profesionales, a los teóricos, quienes, según su opinión han hecho del Derecho alemán un Derecho de profesores (Professorenrecht) excesivamente doctrinario y teorizante. Al igual que los prudentes formularon en Roma sus opiniones sobre la base proporcionada por los casos concretos, también los autores del antiguo Derecho francés han escrito sus tratados en atención a las decisiones aprobadas por los parlamentos; de modo semejante, el análisis de la práctica judicial o extrajudicial proporciona hoy en día a los autores modernos los fundamentos sobre los que levantaron las nuevas construcciones que la época exige tanto en materia administrativa como de Derecho del Trabajo o Mercantil". (R. David, ob. cit. pág. 73).

Podríamos añadir a las anteriores consideraciones, que hay una recíproca influencia entre las instituciones y factores que laboran el Derecho. Preciso es señalar que el Poder Constituyente y el legislativo no solamente se atienen a las primigenias fuentes de la "consuetudo" y de los principios generales del Derecho, sino que además toman en cuenta las doctrinas, interpretaciones, explicaciones de cátedra y resoluciones judiciales, etc., etc. Sabido es que Hans Kelsen (1881-1973) consideró a la Jurisprudencia como Norma jurídica individualizada. Es decir, como fuente del Derecho; en su consecuencia, el Poder judicial al dar una interpretación peculiar a una Norma determinada, se transforma en fuente creadora del Derecho.

Pasamos por alto la confusión reinante en estos días en la interferencia de disposiciones no peculiarmente jurídica (casos de los derechos y ciertas resoluciones administrativas que figuran en los Códigos, y por el contrario el de disposiciones jurídicas enclavadas en Reglamentos administrativos). A mayor generalidad y concreción de las Normas Supremas y Códigos, mayores son sus posibilidades de vigencia y duración. Las Normas Jurídicas secundarias y las explicaciones sobre su interpretación deberán formar parte de textos aclarativos pero no dis-

positivos; es decir, de compilaciones complementarias. En su consecuencia, la redacción concreta y general evita la profusión de resoluciones judiciales contradictorias y su anarquía. Limita también la obligada publicación de los tribunales supremos fijando la interpretación y señalando la exacta aplicación. Consecuentemente unifica el conocimiento; tal es el caso de los sistemas latinos frente al Common Law. En este último Derecho el investigador novato florece en un mar de confusiones frente a los "Writs y rights a la equity y los Common Laws a la legal rule" y a la Jurisprudencia, a las reglas del precedente y las decisiones judiciales", etc.

a) *The rule of law*

A primera vista, puede considerarse que la rule of law equivale a los principios generales jurídicos de un pueblo, precisamente aquéllos que recoge el Poder Constituyente y que está manifestado en el articulado (dogmático y organizativo) de las Normas Supremas del Estado Moderno. No es exactamente así ya que se trata de las propias raíces (ground) de los principios generales del Derecho. El término ground equivale a tierra,³ o sea, que se trata de la formación idiosincrásica jurídica de un pueblo manifestado en sus peculiares principios generales del Derecho, lo que es extensible a cualquiera de las dos ramas jurídicas, es decir, al Derecho público y al Derecho privado. Tienen estas raíces importancia excepcional para el origen de los Derechos individuales y sociales base de las garantías políticas. Cada pueblo da mayor o menor importancia a la defensa de las garantías individuales y sociales, lo que no siempre depende de las circunstancias políticas en un momento determinado, sino además de la cultura, educación y participación política de dicho pueblo.

Ello es aplicable también al acento que el Poder Judicial pone originariamente en el reconocimiento a los derechos individuales de las partes que intervienen en el litigio. No nos estamos refiriendo a la resolución directa de una controversia en la que esté en entredicho alguno de los Derechos mencionados, sino en el trasfondo de defensas y reconocimiento de los Derechos subjetivos humanos.

Asimismo es aplicable la consideración arriba mencionada a las autoridades principales y secundarias tanto legislativas como políticas y sociales.

³ Véase en el Appletons New Cuyas Dictionary, English-Spanish las siguientes acepciones: tierra, terreno, suelo, territorio; base, fundamento; razón, motivo, causa, fondo o campo; baño, capa, (toma de); tierra.

Donald Thompson, maestro de la Universidad de Manchester, afirma que: "The rule of law is a conception which under one name or another is to be found in the legal political philosophy of all times and of all nations. For all its variations —and they are many— there are three basic themes which are to be found in thinking on the rule of law:

- I. Legal order as distinct from anarchy;
- II. The use and control of power within limits fixed by positive law or accepted practice;
- III. A fundamental ideal underlying the constitutional working of a state or of the behavior of states to other and their nationals.⁴

Se deduce de esta transcripción un curioso y primigenio control jurisdiccional que condiciona, en un primerísimo lugar, al Poder legislativo y también a los demás poderes en la época contemporánea. Las raíces de los principios generales de Derecho ofrecen una importancia fundamental por ser el común denominador de sucesivas y a veces contradictorias leyes entre sí, dado el abuso legislativo de nuestros días, en los que en ocasiones no hubo tiempo para apreciar la eficacia de una ley cuando ya es sustituida por otra.

Diversos países recogen la rule of law. Por ejemplo en Inglaterra dado el particular sistema del Common Law. Y así, los tratadistas ingleses hacen la crítica a las normas jurídicas, en concreto, fijando la diferencia entre la legalidad de su expresión y lo que podría y debería decir. Creemos que en este caso especial se presenta el desdoblamiento de la mencionada legalidad con la legitimidad (voluntad general) de una norma.

Sin duda, los sistemas políticos coartan o desarrollan las raíces o fundamentos idiosincrásicos de la "rule of law". Dado el alto nivel político del pueblo inglés y la seriedad del sistema institucional judicial, las resoluciones judiciales entroncadas con "el precedente" garantizan el respeto a los fundamentos y raíces de los derechos subjetivos públicos y privados. La filosofía política de este país y de todos los países civilizados debe insistir en la necesidad de que tanto el Poder legislativo como el Poder judicial estén formados por personas de gran cultura social y humana. El problema no es tan reciente aunque ha adquirido especial atención a partir de la Segunda Guerra Mundial. Según el profesor Thompson el escritor inglés Bracton lo mencionó nada menos

⁴ Faculté Internationale pour L'enseignement du droit comparé, Strasbourg; The rule of Law in Comparative law langue anglaise, Strasbourg, 1972, página 1.

que en el siglo XIII. Para él las autoridades políticas si bien no podían estar limitadas por los hombres, estaban sujetos a Dios y a la Ley “This medieval notion of law binding even Kings (sovereigns) assumed fundamental importance during the struggle between the King and Parliament in the seventeenth century” (Parker, transcripción del curso, Pág. 2).

Del párrafo transcrito se deduce una serie de características básicas del Common Law que implican limitaciones o contextos que el Poder legislativo recibe previamente a la facultad de legislar. Asimismo, el precedente legal limita o condiciona en Inglaterra no solamente al Poder legislativo, sino al judicial. Ello es de particular importancia para el Derecho público consuetudinario inglés, y su reconocimiento básico o inicial de las garantías individuales frente a los tres Poderes. Consideramos que el célebre *habeas corpus* procede del “ground del common law” y muy especialmente del “ground the general principles of the constitution (as for example the right personal liberty or the right of public meeting) (Parker, curso mencionado, Pág. 3).

Las raíces de la ley no sólo limitan a los dos Poderes mencionados, el legislativo y el judicial, sino a los gobernantes y al propio ciudadano. Hay reciprocidad entre los derechos subjetivos que condicionan a las autoridades y dichos derechos condicionadores del individuo frente a la sociedad.

Tanto para Inglaterra como para los demás países británicos el poder discrecional de los jueces es aplicable a los legisladores y al Poder Ejecutivo. La atribución conferida al legislador para crear la ley está a su vez condicionada por exigencias formales, procesales y sustantivas. Así, el legislador puede acordar una ley arbitraria, supongamos, por equivocación, (recuérdese en Grecia la necesaria concordancia entre el *nomos* —principios generales del Derecho— y el *logos* —nueva disposición—). La no coincidencia invalidaba a la nueva ley. En los tiempos modernos los diversos sistemas jurisdiccionales de la revisión de la Constitución, primero, y de posibilidad de que una ley sea declarada inconstitucional, limita también al Poder legislativo. (Véase cómo en nuestra Constitución mexicana vigente las facultades de iniciativa de Ley al Ejecutivo, según el Art. 71, Fracc. 1, aparentemente quedan ampliadas por la facultad de veto del Art. 72. Sin embargo, el estudio de las fracciones c, d y e demuestran las condiciones del veto).

El control jurisdiccional de ley constitucional, en primer lugar, y de la ley ordinaria, en segundo lugar, se efectúa no sólo en Inglaterra, sino en los demás Estados Modernos por diferentes sistemas revisores

de la legalidad y legitimidad de la ley. En México, el amparo directo contra leyes (Fracc. I del Art. 103, constitucional) amplía el recurso de *habeas corpus* (Arts. 14 y 16 de la Constitución, etc.) en un alto procedimiento y juicio sustantivo contra la ley que afecte al particular agraviado (artículo 107 Constitucional).

La revisión de la legitimidad de la ley ha de hacerse buscando su concordancia con el espíritu de la ley superior (Norma Suprema). Tal pretensión o facultad viene a ampliar en nuestros días las limitativas atribuciones de la Fracc. I del Art. 107, condicionada a “la petición de la parte agraviada”.

En Inglaterra hay una alta instancia de revisión no sólo judicial sino legislativa en la figura del “Lord Chancellor”. En México la inexistencia actual de una Secretaría de Justicia es causa de múltiples lagunas en las facultades y sistemas de revisión de la ley. Asimismo, la carencia de un prestigiado Poder judicial inamovible, nombrado por escalafón administrativo, y concurso de méritos y conocimientos.⁵

En cualquier caso el apego de la nueva disposición legislativa a las raíces de los principios generales del Derecho, aseguran la legitimidad de la nueva disposición y excluye la arbitrariedad. Es una limitación fehaciente al abuso del poder. Sin embargo, es importante también el funcionamiento de los poderes del Estado con independencia entre sí. Que no haya subordinación originaria. Que los servidores públicos lleguen a sus puestos con claros criterios sobre su misión. “The belief that the judiciary must be independent of the Executive, is widely if not universally held, and this independence is usually achieved by the separation of the two institutions”. (Thompson, Pág. 9).

Es decir, consideramos que la ley, tanto en el proceso de elaboración como el de su aplicación, debe ser justificada de acuerdo con los fines que se persiguen con ella, y por su significado sustantivo.

b) *Las limitaciones a la ley en los EE. UU.*

La formación del Poder legislativo en los Estados Unidos y su funcionamiento presenta, al cabo del tiempo, peculiaridades propias. Hay una diferencia esencial entre las disposiciones formales de la Constitución y su realidad. Su lacónica redacción ha contribuido, en mucho, a que siga rigiendo los destinos de la nación americana desde 1787, y su circunstancial adaptación a futuras y determinadas exigencias mediante las enmiendas. El sistema electoral y los poderosos factores reales de poder abundan, cada día más, la distancia entre el concepto absoluto de la Constitución

⁵ En la justicia distributiva la sociedad devuelve al individuo lo que recibió de él.

y el positivo. Además, la libertad inicial para elegir el Derecho de los Estados frente al supeditado Derecho de la Unión, decanta en aspectos básicos del Derecho público, cierta anarquía. Así Louisiana (New Orleans) por su origen latino, se aparta de las nacionales raíces básicas del Common Law, y por otras razones históricas, California y Texas.

El Art. 1o. y sus diez secciones, está referido a la composición de las dos Cámaras: la de Diputados y la de Senadores. Las secciones tres y cuatro del Art. 1o. muestran el farragoso sistema electoral para la composición del Senado de la Unión.

Entre las primeras diez enmiendas se introdujo los "Bill of Rights" ingleses. Los doctrinarios están de acuerdo en que las raíces básicas de la ley no es posible encontrarlas en la tradición inexistente, sino en la comparación constitucional. De aquí la importancia de la competencia del Poder judicial de la Unión para dictaminar sobre la anticonstitucional de una ley respecto de la Constitución de la Unión. Esta legalidad denominada primaria, es también la razón última, ya que el investigador jurídico norteamericano carece de las ricas posibilidades de diferenciación entre la legalidad y la legitimidad de una nueva ley, cual ocurre en el mundo inglés y en el latino.

Lo curioso es que la Constitución norteamericana consta en realidad tan sólo de la parte orgánica. Es decir, de la organización de los Poderes de la Unión. Las posteriores enmiendas fueron creando un cuerpo de doctrina sustantiva dogmática. Así, por ejemplo, mientras en Inglaterra puede el investigador de la soberanía atenerse al Acta de Establecimiento de 1911, una de las pocas leyes escritas de la nación, y sus antecedentes en los precedentes y en la "equity" real, el norteamericano que busque este tema en las raíces de la ley, no lo encontrará. Podrá hallarla en el Acta de Independencia del 14 de julio de 1776 y en los discursos políticos de los Constituyentes reunidos, en Pensylvania a partir de mayo de 1787.

Dado el anárquico predominio que en los EE. UU. tiene la ley estatal sobre la de la Unión,⁶ y dada la inexistencia de una tradición que fije la regla de Derecho, es necesario conocer a fondo los sistemas del Derecho público estatal, la formación y funcionamiento de sus poderes estatales. Y muy concretamente las legislaturas estatales.

⁶ Véase el artículo X (Enmienda): "Las facultades que esta Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservadas a los Estados respectivamente o al pueblo". Viene este artículo a enmendar el párrafo segundo del artículo VI. (En términos semejantes, véase nuestro artículo 133, vigente. En él se suprimió el párrafo primero de la norteamericana).

Además y aceptándose el sentido práctico que la sociedad (el pueblo) norteamericano da a las estructuras de los tres Poderes, y a la importancia del Estado reducido, en lo fundamental, a un pretendido arte de gobernar, las raíces jurídicas constitucionales regulan, nivelan y sirven de común denominador para la unificación del poder político supremo, de su organización política y de su Derecho Público.

De aquí la importancia que para el caso concreto de los EE. UU. tiene la nueva definición de las raíces de la ley, o regla de Derecho dada por el gran comparativista que es Rene David: "Par l'effort de systématisation de la doctrine, elle s'est haussée a un niveau supérieur; on est venu a la concevoir comme un regle de conduite dotée d'une certain generalite, se situant au-desasus des aplicaciones que les tribunaux ou les praticiens peuvent avoir a en faire dans un cas concret... Un certain dédain est devenu de mode a l'encontre de la conception adverse, de la casuistique, qui situe la règle de droit au niveau de cas concrets".^{6 bis}

Las líneas arriba transcritas nos sugieren que las raíces de la ley tienen una fundamentación ética. Ello nos lleva de la mano a la conocida máxima universal Kantiana: "que tu conducta sea tal que pueda transformarse en norma universal". Lo que es válido para cualquier tiempo y para condicionar a cualquier poder, en sus tres ramas. Para el legislado que establece la creación e interpretación de la ley que han de coincidir en el binomio justicia-equidad.

La necesidad norteamericana de valorar las leyes ordinarias en relación con la Constitución aconsejan denominar a ésta, Ley Fundamental. En ningún otro caso, ni aún en el de URSS, cuya Norma Suprema se denomina Ley Fundamental cabe más adecuada designación. Por consiguiente, en el primer caso, la "rule of law" debe ser entresacada del espíritu de la Ley Fundamental. Su exégesis y exégetas tratarán de adecuar la nueva ley, o la interpretación de las leyes en vigor, a la letra de la Constitución, lo que es contrario a la búsqueda de las raíces consuetudinarias de un pueblo. Ello aun cuando este pueblo se encuentre en vías de formación. Así, mientras los exégetas busquen exclusivamente limitar al Poder legislativo de la Unión mediante el control jurisdiccional de la Constitución, quedará reducida la posibilidad de creación de los principios generales del Derecho, tan necesaria para las nuevas naciones cuya unidad de síntesis se dificulta por la existencia, en este caso, de un Estado compuesto (Unión de Estados Norteamericanos, Estados Unidos Mexicanos).

^{6 bis} Rene David, Les grands systemes de Droit contemporains, *ob. cit.*, págs. 93 y 94.

Dado el abuso creativo de leyes que caracteriza a los Estados modernos según hemos ya mencionado, se precisa de una nueva garantía proveniente del binomio justicia-equidad. En efecto, conviene extender el término "government of laws and not of men" que el profesor Thompson recoge del profesor Jones de Columbia, y que a nosotros nos recuerda el adagio roussoniano: "degrada al hombre obedecer a los hombres, y lo enaltece cuando obedece a la ley". Sugerimos que para la apertura democrática que se está gestando actualmente en algunos países tales como en México, sería muy interesante uniformar el sentido de la creación de la ley, en la búsqueda de las raíces jurídicas del México de hoy, a través de lo consuetudo de las instituciones jurídicas.

Así, al binomio justicia-equidad añadiríamos el de consuetudo e instituciones, pues si bien la costumbre hace la ley, las instituciones las conforman. Es decir, les dan forma.⁷

Un Poder legislativo integrado por personas conocedoras de la ley no podrá sentirse limitado por la jurisdicción superior de los principios generales del Derecho público recogidos en la Norma Suprema. Por el contrario, se servirá de ambos en una obligada fidelidad a "la traditio consuetudo" del pueblo soberano.

Lo que es extensible a los Poderes judicial y ejecutivo.

Sin duda, desde el siglo XIX vivimos del primado de la ley y de las codificaciones y recopilaciones escritas. Ello supone la equiscencia personal a una rutinaria seguridad jurídica. Implica, además, limitaciones al Estado en sus múltiples facetas de desconcentración administrativa y política. Si bien el legislador está condicionado por los principios generales del Derecho, el gobernante está limitado por la ley, en concreto, en un orden jerárquico de disposiciones que se inicia en la Norma Suprema y acaba en el Reglamento, pasando por las leyes ordinarias.

Asimismo, las disposiciones del Derecho público, tienen, en estricto sentido, jerarquía superior en tanto persiguen una axiología mayor a las del Derecho privado. En Europa, los países que pasaron por situaciones dictatoriales relativamente recientes, como por ejemplo la Alemania nazi, y la Italia de Mussolini, Estados corporativos represivos, al ser democratizados acordaron nuevas Constituciones. Así, la de Bonn de 1949 y la italiana de 1947, ambas vigentes. En ellas figuran destaca-

⁷ Donald Thompson menciona (pág. 13, curso referido), con una lamentable visión del Estado sinónimo de poder coactivo, que "that state power is the great antagonist again which the rule of law must forever be addressed". Por supuesto, es exactamente lo contrario.

damente los límites a los Poderes del Estado, y los derechos cívicos, con controles jurisdiccionales que recaen en el Poder judicial.⁸ Contrariamente, Francia, cuna de los derechos del hombre y de las garantías individuales tiene un somero reconocimiento en su artículo 10 de la Constitución de 1958 a dichos derechos del hombre, mencionándolos, sin fijar el cuerpo de doctrina. Trasciende de los límites de este estudio entrar en detalles, y comparar las tres Constituciones con la curiosa y pretendida relación de la Constitución China de 1975, en la que los derechos humanos se transforman en los derechos políticos de los adheridos al partido que está en el poder.

En este caso concreto, como en el de los Estados no democráticos las Constituciones, Códigos Políticos, limitan al Poder legislativo en cuanto éste es servidor del Estado impositivo.

Los EE. UU. poseen la ley escrita, a pesar de su procedencia originaria con la Common Law. El obligado apego de las leyes a la Constitución de la Unión, es la antítesis de la característica de la República Federal Alemana en la que impera el reconocimiento a un super-derecho constitucional que “no está limitado a los textos de la Ley Fundamental, sino que está integrado, también, por ciertos principios generales que el legislador no ha encarnado en una norma positiva” (R. David, ob. cit., en la edición en español, pág. 113) . . . “existe, de otra parte, un Derecho superpositivo que vincula al propio legislador constituyente” (idem, idem). Pero, las raíces comunes del Derecho norteamericano y el inglés, a través del Common Law, se han ido separando en la medida en que ha ido surgiendo el Derecho peculiar de la nación americana. Desde principios del establecimiento colonial se reconoció la imposibilidad de aplicar ciegamente el Common Law, sino que habría de hacerse, en la medida de que sus normas se adapten a las condiciones de vida existentes en dichas colonias” (Caso Calvino, 1608), con lo que se dio libertad al surgimiento de las raíces de la ley, de los principios generales del Derecho americano, todavía hoy en formación, según venimos exponiendo. Estas raíces comenzaron a gestarse en declaraciones de los derechos subjetivos frente a las pretensiones dominadoras de la Corona. De aquí que las Constituciones de los Estados los proclamen.

⁸ En la Constitución mexicana vigente, se carece de un control jurisdiccional, formal. Y asimismo, es inexistente en la práctica, dadas las injerencias legales entre los poderes, y la ausencia de una doctrina sobre la validez sine qua non, del Derecho Procesal Constitucional.

Posición contraria a la nuestra es la del profesor Héctor Fix Zamudio, en sus estudios sobre la jurisdicción constitucional mexicana.

No fue casualidad que “los comentarios al Common Law” de Blackstone fueran impresos en 1771, en Filadelfia precisamente. Fue éste uno de los actos jurídicos últimos, de sumisión y reconocimiento al “Common Law” inglés.

Sin embargo, “podría decirse que en ciertos aspectos el Derecho americano, a medida que las condiciones de vida en los Estados Unidos se han ido identificando con las europeas, se ha aproximado más, después de la independencia, al Derecho inglés, que con anterioridad a la misma” (Rene David, *ob. cit.*, pág. 315) . . . “ambos derechos no se han encontrado, sin embargo, de nuevo. Lo que les separaba en un principio era la imposibilidad de aplicar en América el Derecho inglés”. (*idem, idem*).

Lo que en la actualidad separa a ambos derechos son, sin duda, las hondas diferencias entre sus parámetros y sistemas sociales, coadyuvantes en la creación de las raíces jurídicas de un pueblo, pese a que los EE. UU. sigue perteneciendo a la familia del Common Law.

Del material que manejamos ninguno alcanza la profundidad y delimitación temática que el cursillo del profesor Thompson en la Universidad Internacional de Derecho Comparado de Estrasburgo en la primavera de 1975. En efecto, se trata de una presentación temática condensada, dinámicamente relacionada entre sí, y comparativista. Ello aumenta el valor de las conclusiones y presenta a la consideración del estudioso un cúmulo de problemática derivada. Precisamente en las cátedras de Derecho público hay el mal universal de estudiar los fenómenos del pasado como antologías de un presente, y de siempre, lo que da a nuestras explicaciones un aspecto de historia muerta, perdida en el tiempo.

Es imperiosa la necesidad de vitalizar la investigación académica del Derecho y las explicaciones en sus cátedras. El cursillo que mencionamos resultó altamente edificante en esta imperiosa necesidad, ya que consideramos se hizo una fenomenología de cómo las reglas del Derecho, las raíces de las leyes, se van modificando en atención a la influencia de las estructuras sociales y también, sin duda, de “las voliciones y querencias de los hombres que integran el pueblo y forman el Estado”.⁹

Así, con el Common Law estadounidense, ha ocurrido lo que sucedió con el Derecho de Indias. Pero ¿es que los propios derechos, inglés y español no son distintos a los de su tiempo originario moderno? Preci-

⁹ Recordamos a Herman Heller.

samente, la inalterabilidad de las raíces jurídicas de los pueblos apegados a las ontologías y esencias, y como tales, de axiologías inmutables, garantizan la estable justeza del derecho. Es decir, de un derecho que por serlo ha de ser justo.

Pero las "political questions" que analiza el profesor Thompson son las interferencias a la ley de reconocimiento legal, que el Poder Jurisdiccional de las "Courts" ha de respetar, siempre que no interfiera en cuestiones de otros Estados extranjeros, circunscribiéndolas al ámbito doméstico. Sin embargo, "las interferencias políticas, legales o no", en las esferas del Derecho público o privado, se caracterizan por ser... interferencias. Es decir, se oponen al libre y espontáneo desenvolvimiento de la axiología jurídica. El profesor Thompson enumera las siete siguientes interferencias políticas legales, cuya traducción incluimos seguidamente en la nota.¹⁰

De dichas interferencias legales, nos llama la atención la número cinco y su referencia al Art. IV de la sección IV, ya que creemos encontrar en ambos un antecedente de nuestra desconcertante fracc. V del Art. 76 Constitucional,¹¹ aun cuando el antecedente directo e interno provenga de la reforma de 1874 al Art. 72 de la Constitución de 1857. Consideramos que a pesar de la propia ubicación incuestionable del

¹⁰ Las cuestiones políticas se han presentado como sigue: 1) cuando se plantea la cuestión de si un estatuto se ha comprobado que ha sido promulgado (ninguna corte inglesa investigará en este asunto); o se ha ratificado una enmienda constitucional; 2) cuestiones derivadas del manejo de relaciones con el extranjero; 3) terminación de una guerra o de rebeliones (en la práctica las cortes inglesas aceptan la información del Gobierno como definitiva en estos asuntos); 4) el derecho de un Estado a la protección contra la invasión o la violencia interna; 5) qué significa "una forma republicana de gobierno dentro del estudio del Artículo IV, Sección IV de la Constitución, que dice: "Los Estados Unidos garantizarán a cada Estado de esta Unión una forma republicana de gobierno, y protegerán a cada uno de ellos de la invasión; y de la aplicación de la Legislatura o del Ejecutivo (cuando la Legislatura no se pueda reunir) contra la violencia interna"; 6) cuestiones derivadas de las acciones políticas de los Estados para determinar el modo de elegir los electores residenciales, funcionarios del Estado y (hasta marzo de 1962, cuando la Suprema Corte se refirió a su ley de precedentes previas) y reparto congresional; 7) acciones tomadas por los Estados para probar sus derechos soberanos. Se ha dicho que la doctrina de las cuestiones políticas "es una fórmula mágica que tiene el resultado práctico de liberar a una corte de la necesidad de pensar sobre un problema en particular. Es un artificio para transferir la responsabilidad de tomar decisiones a otra rama del gobierno; y a veces puede funcionar para dejar un problema en el aire de tal modo que ninguna rama pueda tomar una decisión" (Frank, *Supreme Court and Supreme Law*, pág. 37).

¹¹ Se trata de una amplísima facultad política al Ejecutivo Mexicano, quien reúne

artículo 76 vigente, con sus limitaciones explícitas al Ejecutivo de la Unión, sin embargo, dicha fracc. V, viene a aumentar la plenitud de poderes presidenciales fijadas en la fracc. I del 71, y en las fraccs. c, d y e del 72.

Un incuestionable principio de la "Ground of the Law", o de la "regle de droit" es la igualdad del hombre frente a la ley que vino a poner fin a la arbitrariedad medieval de las leyes y tribunales estamentales, y no precisamente por la protección de la justicia del Rey frente al caso concreto ("El Alcalde de Zalamea", de Calderón de la Barca) sino por principio recogido en toda norma de derecho, sin el cual no cabe la equidad, pues las raíces jurídicas de los principios generales del derecho, son anteriores a éstos. Al igual que el Derecho impositivo ha de recoger los principios de igualdad y justicia para ser aplicado al hecho. Así, un Derecho óptimo, con un Poder legislativo que en efecto legisle, y unos Tribunales de Justicia dedicados a impartirla, manejará siempre el trasfondo de unos derechos subjetivos, objetivados, valga la expresión, que amparen al particular frente a posibles adulteraciones del poder político o de la ley creada, o interpretada, con finalidades bastardas.

En los Estados compuestos, caso de los EE. UU., "la equality before the law" presenta modalidades propias. No se trata del ya superado Derecho estamental, en favor de las gentes pertenecientes a los altos estamentos sociales, por supuesto, sino de la doble jurisdicción del status personal entre las leyes de los Estados y las de los Estados y las de la Confederación. ¿Cuál deberá aplicarse en el caso concreto, ya sea referente al Derecho público o al privado? Según la enmienda catorce, presentado el conflicto de leyes se aplicará la que menos perjudique al interesado. En la práctica este principio general del Derecho puede estar referido por arbitrarios intereses discriminatorios y por la defensa del primado, en su caso, de la jurisdicción criminal espacial que favorece a las leyes locales frente a las de la Unión. Es decir, por el primado del Código penal local sobre el de la Unión, al margen de que uno u otro, favorezca o perjudique. Así también sucede en México, cuando, por ejemplo, se trata de discutir la jurisdicción de una ley penal local que sanciona la pena de muerte para determinados delitos. Y por extensión en la

los atributos de Jefe de Estado y Presidente del Gobierno, sin que exista un Vicepresidente que atempere las extensas atribuciones. El Artículo 76, frac. V, faculta al Presidente de la República para proponer al Senado la desaparición de los poderes en un Estado de la Federación.

facultad a los Estados para sancionar sus propios Códigos, en materias del Derecho privado.

Vemos también cómo pueden ser burladas las enmiendas quince y diecinueve que garantizan la no discriminación al voto estatal o de la Unión. En los EE. UU. existen grandes estratos marginados, económica y racialmente. En la legislación, además de proclamarse el principio de la Unión contra la discriminación racial, abundantes resoluciones de la Corte de la Unión, amparan el principio. Pero hay una forma inicial de hacer nugatoria la igualdad política de los ciudadanos norteamericanos, recogida entre otras disposiciones por "The Civil Rights Acts of 1875". Nos estamos refiriendo a la imposibilidad de las declaraciones o estamentos marginados, ciudadanos de segunda clase, buenos para combatir en las trincheras del capitalismo norteamericano, en las líneas de vanguardia y malos para tener la oportunidad de participar libremente en la vida interna política.

El derecho a votar, a ser electo o elegible, exige de un determinado nivel cultural. Para conseguirlo se precisa el acceso inicial a la educación primaria lo que se impide con movimientos políticos discriminatorios y oposición al cumplimiento de las disposiciones igualatorias (no discriminatorias). Contra las minorías negras y latinoamericanas se mantiene por la vía de la praxis la discriminación negada por las leyes. Y respecto de la posibilidad de ser elegidos, también en la práctica se dificulta. Conocida es la facilidad de las leyes norteamericanas para que el extranjero residente pueda adquirir la nacionalidad norteamericana sin más restricción destacada que la de pretender ser Presidente de los EE. UU. Dada la complejidad del sistema electoral norteamericano de sus "esotéricas reglas del juego" económico y racial, las gentes de los estratos o poblaciones marginadas difícilmente pueden pretender el acceso a los altos puestos de los poderes estatales y de la Unión. Las leyes se hacen nugatorias y las élites raciales-económicas se sostienen en el poder.

Posiblemente la falta de tiempo para crear una tradición jurídica sea causa coadyuvante a la apreciación de la ley protectora de los derechos humanos, que caracteriza al hombre de mentalidad media, en los EE. UU., en contraste con Inglaterra. Porque no se trata, tan sólo, de exigir el cumplimiento de la ley fiscal contra la arbitrariedad en la aplicación de la fuente impositiva, ni de que todos los niños de un municipio, sean conducidos gratuitamente a las escuelas por el transporte municipal puesto que sus padres pagan por igual los impuestos que les corresponden. El problema es más hondo. Podríamos decir que

puesto que existe una disposición municipal en beneficio del transporte gratuito escolar, todos los niños de la localidad, al margen de su color y de la escuela confesional a que pertenecen, deben de ser transportados gratuitamente.

Recordamos el problema en un viaje reciente a los EE. UU. y a través de las airadas publicaciones en la prensa del Estado. Los padres en cuestión alegaban sus derechos de contribuyentes, exclusivamente, cuando el suceso afectaba a las más hondas raíces jurídicas y humanas. Posiblemente las apelaciones contra el incumplimiento de la disposición, se nos dijo, podrían ser más favorables alegando el incumplimiento de la fuente impositiva que los derechos recogidos en el "The Civil Rights Act" y demás relativos. Suele ocasionar malos efectos la aplicación de la ley a casos que no guardan relación directa con los intereses protegidos. Es decir, con el motivo que llevó al legislador a su creación.

Precisamente, la labor del abogado que desconoce la alta misión reguladora de la ley en orden a atemperar las diferencias sociales le orilla a buscar la ley que deba aplicarse, no importa su jurisdicción, pero que beneficie al cliente que paga los "honorarios". Sin afirmar que las aguas jurídicas inglesas sean las del Jordán, ni mucho menos, afirmamos que los pueblos anglosajones tienen conciencia de los recursos equitativos del Derecho. Es triste presenciar en las Universidades la falta de conciencia del estudiante en la alta misión del Derecho. La carencia de interés por la labor legislativa, ahogada por la crematística curiosidad pragmática. Es incommensurable el mal que ocasiona "el práctico del Derecho" carente de una sólida educación y cultura jurídica, que solamente puede lograrse cuando se conoce la alta misión de la ley. También en Inglaterra existen los "political questions" aunque en escala menor que en los EE. UU. Este tipo de leyes proteccionistas pueden ser acordadas con mayor rapidez en Inglaterra debido a la flexibilidad de su Constitución establecida, pero no escrita. Además el precedente comienza a serlo con el primer caso creado. Así Donald Thompson hace referencia a la inexistencia en la isla inglesa del problema de la discriminación que tanto afecta a los EE. UU. Sin embargo, hubo medidas proteccionistas relativamente recientes, tomadas por el Common Law, las que estuvieron en contradicción con la equidad, en favor, digámoslo así, "del inglés". Nos referimos al control y limitación de inmigrantes en la isla (1962) que afectó a los ciudadanos irlandeses y de otros lugares de la Commonwealth. En fecha más reciente, creemos recordar que fueron tomadas otras medidas contra los irlandeses (1793) en ocasión de que su lucha civil religiosa alcanzara el nivel de tragedia

británica. A los irlandeses se les controló y limitó su estancia en Londres. En la actualidad las complicaciones del conflicto están ocasionando medidas defensivas de envergadura mayor.

Además, las leyes inglesas son muy distintas de las británicas, en materia política y del Derecho público. El Imperio británico ha mantenido una alta explotación del obrero de las colonias, para apaciguar a los obreros ingleses, elevando su nivel de vida y poder adquisitivo a costa de las ínfimas condiciones de vida de los bajos estratos poblacionales exteriores del mundo entero. Recuérdese el cínico párrafo de una carta de Mr. Chamberlain a un amigo: "el Imperio en una cuestión de estómago".

En el mismo comportamiento se encuentran la URSS, manejando el petróleo de Oriente, y los EE. UU., con su explotación latinoamericana bananera y de materias primas. Podríamos seguir analizando el tema. Es inconmensurable. Ante la conveniencia política, doméstica o exterior ¿Dónde encontrar las raíces de la ley?

En el caso concreto del Reino Unido, con sus disposiciones limitativas de la residencia en Londres y en ciertos lugares de la isla, se contradijo la unificación de la nacionalidad británica para todos los ciudadanos del Commonwealth, según la Ley de la Nacionalidad Británica dada en 1948. Y asimismo, afectó a las garantías cívicas, una de las cuales es la libertad de tránsito por el territorio nacional.

Después del escándalo de Watergate, los EE. UU. han iniciado una interesante fase de reconocimiento a los derechos cívicos, por encima del secreto militar o político resguardado por razones de seguridad del Estado. Consideramos que el fondo del problema sin entrar en los detalles, está manipulado por injerencias extrañas al país que pudieron iniciar el escándalo en beneficio propio y para debilitar aún más al debilitado Imperio norteamericano frente al auge del Imperio ruso, (primera potencia en armamento, en petróleo, en acero; acelerado auge de la renta nacional en beneficio del nivel de vida de las poblaciones de la Unión, etc.).

"El destape" de los documentos secretos del caso trajo secuelas. Así, las interesantes y desconcertantes polémicas de la Casa Blanca con el Poder legislativo, fueron noticia periodística internacional. Algo ha quedado positivamente en claro con ellas: el derecho del pueblo norteamericano a defender las raíces democráticas originarias frente a la corrupción y la deshonestidad de los funcionarios públicos. Ello merece el reconocimiento.

Las raíces inglesas del Common Law muestran, a través de su historia política el fundamento innegable del respeto a los derechos cívicos

frente a la autoridad. En los recientes escándalos norteamericanos las raíces si bien sirvieron a otros intereses, fueron manejadas, internamente, en la pureza de la libertad y dignidad al servicio del hombre de un Estado. Pero mientras en la Isla las protecciones cívicas giraban alrededor del Derecho privado, sustantivo o procesal, en la Unión americana (EE.UU.) ya desde principios de siglo el pueblo presionó para desprestigiar la componenda política electoral y su secuela de corrupción. Véase el caso de 1915 de *Robison vs. EE.UU.*, en la que se resolvió que "The term 'legal discretion' en angloamerican jurisprudence means that it is a discretion subject to judicial control" (D. Thompson, *Cur. Cit.* Pág. 19).

c) *The rule of Law in France*

El profesor Thompson analiza tres cuestiones básicas francesas en relación con las raíces de la ley o regla de Derecho: generalidades temáticas, el arbitrio de poder y la igualdad frente a la ley. Para entrar de lleno en el análisis de las raíces de la ley en Francia hay que considerar, como primera providencia que el Derecho francés no forma parte del grupo de familias del Common Law, sino de la romano-germánica.¹² La clasificación en familias del Derecho lo hace R. David tomando en cuenta "los aludidos elementos constantes del Derecho, sin contentarse con una consideración de las normas menos estables que integran, en un momento dado, ese Derecho" (*Ob. Cit.*, Pág. 12).

El curso del profesor Thompson al referirse a Francia versó sobre el más movedizo y reciente de los Derechos: el administrativo. La elección fue desconcertante dado que por tratarse de un Derecho en plena formación difícilmente pueden encontrarse en él raíces sólidas, sino adventicias. Además, los administrativistas proclaman que las continuas medidas de desconcentración administrativa y política en Francia tienden a apuntalar el centralismo político y administrativo del Estado unitario, simple, francés. Véase las empresas descentralizadas de reciente creación, las medidas políticas de voto directo para la elección del Alcalde de París, y los nuevos estatutos de funcionamiento de las Cámaras comerciales y agrícolas de provincia que ha llegado a nosotros a través del periódico "Le Monde", en el transcurso del año de 1975.

¹² El Derecho francés pertenece al grupo más importante en la recepción del Derecho romano; sus normas de conducta recogen la axiología de justicia y moral. El adjetivo romano-germánico "se ha elegido para rendir homenaje al común esfuerzo desplegado a la vez por las Universidades latinas y las germánicas" (R. David, *ob. cit.*, pág. 15).

Posiblemente la idea central en la elección del tema fue conformar las amplias atribuciones de las autoridades políticas francesas, regidas no directamente por la ley, sino por el Reglamento. De las dos Cámaras francesas, la de Diputados es más abierta a las innovaciones sociales recogidas por la ley. No así el Senado. Sabido es la oposición pertinaz que éste presentó al Presidente De Gaulle, la que, en definitiva, le costó su dimisión como Presidente. Sin embargo, con anterioridad se modificaron los Arts. 6 y 7 de la Constitución, en los términos deseados por el Presidente de la República, para que fuera elegido por voto directo universal y secreto. El objeto principal de la modificación tendió a desligar al Presidente del control directo del Senado. Pero, en definitiva triunfo éste en sus pretensiones de poder de revisión al Ejecutivo, en una célebre controversia sobre la posible modificación de los "poderes" económicos provinciales. Ello, a pesar del título VII, Art. 56 al 63, relativos al Consejo de Estado.

Traducimos el siguiente párrafo del curso de Thompson: "la noción de legalidad en Francia significa mucho más —y en algunas esferas punitivas, mucho menos— que la conformidad con la ley; debe aceptarse que una cosa es el ámbito del idealismo, y otro la vaga declaración de derechos en el papel de la que Dicey fue tan desdenoso" (Pág. 19).

Sin embargo, ambas nociones forman un material apreciable para comprender las raíces de las leyes francesas en nuestros días. Porque, nos preguntamos, ¿cómo desdenar el papel desempeñado por Francia, y su proyección universal de los derechos del hombre? En su nombre se han constituido nuevas comunidades políticas, formas de Estado y de gobierno, estructuras y sistemas sociales. Luego no fue un idealismo utópico sino arquetipos teóricos que encarnaron en la viva realidad de las generaciones políticas del Viejo y Nuevo Continente en el transcurso del romántico siglo XIX. En su consecuencia, no estamos de acuerdo con las premisas manejadas en el párrafo arriba mencionado.

Coincidimos que dichas nociones condicionaron el concepto francés de legalidad. El Estado francés y sus instituciones constitucionales descansan sobre este principio tan comprendido por los hombres de Francia y del que tan orgullosos están los franceses.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN FRANCIA

Hay que comprenderlo en relación con los derechos del hombre. No es por casualidad que la vigente Constitución comience haciendo referencia (Art. 1o.) a la adhesión a estos principios y a su Declaración en

1789: "This proclamation in the preamble does not give the force of law to the declaration itself, but, as we shall see, it constitutes an important source of the principes généraux coutumiers applied as positive law by the Conseil d'Etat" (Thompson, Pág. 20).

Sabido es que en Francia y por la casi absoluta separación de Poderes, la legalidad no es controlada por el Poder judicial como hemos visto en el Common Law. De aquí la importancia, trascendida a derechos como el mexicano que tiene la fuente de la atribución reglamentaria para analizar la legalidad de los actos administrativos. El control de constitucionalidad de la ley pertenece al Consejo Constitucional Art. 61 y la del acto reclamado, al Consejo de Estado. Aquél es un órgano que no pertenece específicamente al Poder judicial, con lo que la separación absoluta de poderes, no es tan extremada como la doctrina pretende.

3. THE ARBITRARY POWER

"The french counterpart of acts of state in England and political questions in the United States is acts of government" (Thompson, página 20). Así se denominan actos de gobierno, es decir, de la Administración los que no están sujetos ni al control judicial ni al Consejo del Estado. Están libres de todo control. Según el tratadista Dicey, y que el profesor Thompson recoge, ello va contra el principio equitativo de la "rule of law", máxime que las autoridades francesas logran, con éxito, ir ampliando la esfera de actos de autoridad libre de control. De aquí que doctrinarios como Dicey se hayan preocupado desde el pasado por fijar los límites de los actos de autoridad libres de control. Ello nos recuerda, salvando la lejanía, a las marcas de la soberanía de Bodino. Pero, téngase en cuenta no sólo la distancia del tiempo sino la titularidad de la soberanía en lo que va del siglo XVII a nuestros días. Además, el Monarca Absoluto en Bodino si bien estaba libre de la ley (*legibus solutus*) quedaba sujeto por los principios generales del Derecho, los mismos que siguen condicionando el Poder legislativo en la actualidad. Es decir, al creador de la norma positiva del Estado.

La lista aportada por Dicey muestra el paso de los tiempos que va desde el poder absoluto del titular de la soberanía (gobernante, monarca) a la soberanía del pueblo y su ejercicio por los tres Poderes. Veamos, según Dicey, qué clase de asuntos operarán con "*legibus solutus*". O más exactamente, libre de control, respetándose el arbitrio de poder: 1) Las relaciones del Gobierno con el Congreso. 2) La dirección de los asuntos extranjeros. 3) El derecho de gracia. 4) Los premios retributivos sociales ("*Prize jurisdiction*").

Los administrativistas franceses de nuestros días (Rivero, etc.) se han preocupado por ampliar la lista de los actos de gobierno, libres del control del Poder legislativo, del Consejo de Estado y de los Tribunales judiciales. Por ejemplo, los actos pertenecientes a los procesos laborales de envergadura nacional, cuando operan bajo el apremio de la decisión oportuna, sin que pueda dejarse de pasar más tiempo. En este caso, como en similares, creemos que "las razones de Estado" son superiores al cumplimiento de minuciosas formalidades legales. Máxime cuando en el presente trabajo estamos defendiendo la existencia de un orden jerárquico de leyes. Por el interés protegido y por la envergadura de la protección. Es la misma situación de las "political questions".

Thompson considera que la antítesis del principio del control de la legalidad corresponde a los poderes discrecionales y las circunstancias excepcionales. La mayor parte de las Constituciones modernas, como la Ley Fundamental de la URSS, y la de aquellos países alineados al Pacto de Varsovia, especifican las causas que motivan tan excepcionales medidas. Así, nuestro Art. 29 (México). En la terminología clásica constitucional estas medidas de excepción corresponden al "estado de sitio". Todavía en Hispanoamérica muchas constituciones mencionan este término: Véase el Art. 23 de la Constitución argentina y el Art. 12 de la chilena.*

En el Common Law inglés estas medidas excepcionales de poderes discrecionales presuponen que los Tribunales no puedan intervenir sino para los casos de mala fe, o, según los precedentes, "in the case of local authorities, unreasonableness, which means behaving in a way in which no reasonable local authority would" (Thompson, Pág. 21).

Sabido es que en el Common Law inglés cuando las Courts resuelven que un caso es judicial, o cuasijudicial, ello supone la facultad de revisión judicial. Si por el contrario se trata de actos administrativos, en principio son actos de libre control, aun cuando inicialmente puede abrirse control a petición de parte. En este caso las Cortes han de resolver sobre lo que empleando terminología del amparo mexicano puede considerarse de admisión o no del caso, en resolución de previo y especial pronunciamiento. Entre nosotros diríamos, si procede o no la suspensión del acto reclamado. Suspensión inicial, por supuesto, lo que no tiene cabida en el procedimiento del Common Law, donde lo que opera es un "habeas corpus" (por extensión).

* La actual Constitución chilena, vigente desde el 11 de marzo de 1981 consagra sus Artículos del 39 al 45, a lo que denomina estados de excepción constitucional, en minuciosa técnica, según desglose de causas.

Creemos que los actos discrecionales para ser legítimos han de basarse en las raíces de la ley.

Al llegar a este punto de la exposición nos interesa resaltar las siguientes consideraciones de David que recogemos de la edición francesa: "la méthode utilisée par les juristes de la famille romano-germanique pour élaborer les règles de droit, être soulignés... c'est de même sur la base des décisions rendues par les parlements que les auteurs de l'ancien droit française ont écrit leur traité; c'est en considérant la pratique judiciaire ou extrajudiciaire que les auteurs modernes édifient à l'heure actuelle les constructions nouvelles que les temps rend nécessaires en matière de droit administrative, de droit du travail ou de droit des affaires" (Ob. Cit., Pág. 94).

El Art. 16 de la Constitución francesa en vigor no guarda demasiada relación literal con nuestro Art. 29. Comparémoslos: Art. 16: "cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio, o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de una manera grave e inmediata, y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Asambleas y el Consejo Constitucional".

Art. 29 de México: "en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquiera otro que ponga la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de la República Mexicana, de acuerdo con el Consejo de Ministros y con aprobación del Congreso de la Unión y en los recesos de ésta, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país, o en lugar determinado, las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde".

En los casos especificados en el Art. 29, el Poder legislativo inviste al Jefe de la Nación de facultades extraordinarias y en los términos del artículo mencionado.

En el caso francés queda perfilada nítidamente la diferenciación entre los actos administrativos del gobierno, de libre jurisdicción, de las situaciones excepcionales recogidas en el Art. 16.

En la última Guerra Mundial (1939-1945) la Corona asumió plenos poderes por disposición del legislativo para legislar frente a situaciones de emergencia. Fue una delegación de poderes, convincente, si se tiene en cuenta que en Inglaterra y según Acta de Establecimientos de 1911, el Parlamento británico se integra con la Cámara de los Comunes y la Corona. Lo curioso del caso es que, basándose en el precedente de la anterior Guerra Mundial de 1914-1918 funcionó la denominada "Indemnity Acts" integrada por un Comité de revisión a petición de parte ofendida.

Lo que nos recuerda nuestro Juicio de Amparo.

4. "EQUALITY BEFORE THE LAW"

Preciso es señalar como punto de partida, que el Bill of Rights americano no figura en el constitucionalismo francés. En su lugar, dice el profesor Thompson, está el principio de igualdad ante la ley aportado por la Revolución francesa. Es el Consejo de Estado el organismo que sanciona conforme al principio de igualdad ante la ley frente al caso concreto. El Consejo de Estado ha ido elaborando, sin proponérselo, una verdadera jurisprudencia de principios generales del derecho, de derechos subjetivos y de protección al particular frente al Estado (Véase sus "Cahiers" y anales jurisprudenciales).

5. PRIMADO DE LA LEY ORDINARIA

Los tratadistas ingleses consideran que el control del Consejo de Estado equivale, salvando las distancias, entre una Constitución escrita y la establecida, al que en Inglaterra ejerce la Corte Suprema y la Cancillería Real, por actos inconstitucionales de la Administración Pública. Téngase en cuenta que el Consejo de Estado en Francia es incompetente para decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, pues ello efectaría a la sacrosanta separación francesa de poderes. (Marbury vs. Madison). La competencia del Consejo de Estado es tradicionalmente acatada, ya que esta institución no es de hoy (Laroque, "les juges francaise et le control de la loi. Ruvue du droit publique, Núm. 43, Pág. 722, según la cita de Thompson).

Consideramos por encima de las controversias de los particulares, y de las discusiones doctrinarias, la propia Constitución francesa señala en sus Arts. 37 y 38, las facultades discrecionales administrativas del gobierno. A mayor abundamiento el artículo siguiente establece que la iniciativa de Ley pertenece "concurrentemente al Primer Ministro y a los miem-

bros del Parlamento. Los proyectos de ley serán discutidos en Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado y entregados a la mesa de una de las dos Asambleas. Los proyectos de ley de finanzas serán sometidos en primer lugar a la Asamblea Nacional”.

Este último párrafo nos parece muy saludable dado que el funcionamiento y origen del Senado francés como el de Europa, es distinto al de México. Quien previó el papel del Senado en el nuevo Estado Federal mexicano fue Zarco. Y también Olvera (véase el voto particular firmado por ambos, oponiéndose a la Cámara Unica que por fin fue acordada en la Constitución de 1857 hasta 1873).

En Europa el Senado es un dique conservador contra las comúnmente tendencias progresivas de la Cámara de Diputados. Representan a los intereses del alto capital provinciano. Así lo es también por tradición en España (Véase las recientes declaraciones de un funcionario español actual preconizando entre las próximas reformas la de un Senado corporativo, lo que ya está fuera de lugar).

El procedimiento administrativo contra actos del gobierno difiere entre el Common Law inglés y el Derecho francés. Puesto que nosotros no tenemos en México ni Tribunales de Casación ni auténticos recursos contra actos arbitrarios de la autoridad (nuestros Art. 8, y en lo relativo, el 108 y su Ley Orgánica son poco operantes) no podemos incluir en la comparación al Derecho mexicano.

Hay una diferencia esencial en cómo opera el Consejo de Estado francés y los Tribunales ingleses y americanos respecto de la responsabilidad de funcionarios públicos. En el caso francés el funcionario inculcado no tiene derecho a conocer el dossier del Consejo de Estado, salvo excepciones, casos de emergencia y a discreción resolutive del Consejo. Los Tribunales anglo-americanos carecen de este poder discrecional, si se trata de funcionarios inculcados, quienes en definitiva van a poseer la garantía de audiencia.

6. CONCLUSION

Nuestro propósito, al presentar este modesto estudio, ha sido analizar la pureza de las raíces de la ley reguladoras y expositivas de los más altos valores axiológicos: justicia, bien común, solidaridad, fraternidad humana, etc.

Pero estas raíces son alteradas en su aplicación por interferencias no siempre legales, por razones a veces “irracionales”. Sirven para mantener el poder de las élites políticas, para extender los imperios, para someter

más y más al sometido. El funcionamiento de los poderes legislativos de los Estados Modernos, creadores de la ley, son en ocasiones, exponentes de los males políticos que nos aquejan.

Pero la pureza de las raíces de los principios generales del derecho, ahí están. Son la más alta expresión de labor comunitaria alguna. Tratar de ensalzar su grandeza en el modesto marco de estas líneas, ha sido el propósito de quien las ha elaborado.

BIBLIOGRAFIA

- I. CAPPELLETI, MAURO: *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*. Traducción y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana, por el licenciado Héctor Fix Zamudio. Edit. Instituto de Derecho Comparado (UNAM). Imprenta Universitaria, México, 1961.
- II. Constituciones de la URSS, de los EE. UU., de Francia, de los Estados Unidos Mexicanos, etc.
- III. DAVID, RENE: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Edit. Biblioteca Jurídica, Aguilar, Madrid, 1972.
- IV. DAVID, RENE: *Les grad systemes de droit contemporains*. Seme: Edit. Dalloz, 1973.
- V. THOMPSON, DONALD: *Cursillo. Faculté Internationale pour l'enseigne ment du droit comparé*, Strasbourg, 1972.
- VI. SÁNCHEZ AGESTA, LUIS: *España al Encuentro de Europa*. Edit. Biblioteca de autores cristianos, Madrid. MCMLXXV.