

Derecho constitucional	868
------------------------------	-----

cación jurídica, que pasó por un periodo de decaimiento en los primeros años de revolución, hasta el extremo de que pocos se atrevían a estudiar derecho, por ser mal vistas las profesiones jurídicas, y además la mayor parte de los profesionistas emigraron al extranjero; pero después de ese periodo que se prolongó de ocho a diez años, la Universidad de La Habana, ha vuelto a incrementar los estudios jurídicos y se han abierto escuelas de derecho en otras provincias. Inclusive el derecho constitucional, cuyo estudio se suspendió formalmente por considerarse como irrelevante para el socialismo cubano se ha restablecido como disciplina de enseñanza en dichas escuelas de derecho.

La situación ha mejorado notablemente si se toma en cuenta que trescientos estudiantes se graduarán como abogados en las escuelas de derecho en el año de 1980, y que egresarán aproximadamente seiscientos profesionistas jurídicos cada año hasta que la situación de escasez actual se normalice. Por otra parte, los profesores de las citadas escuelas están relativamente bien pagados y pueden dedicarse a la enseñanza de tiempo completo, lo que no es frecuente en otros países de Latinoamérica.

Los profesores cubanos entrevistados por los autores afirmaron que no obstante la ideología oficial marxista-leninista, establecida en el artículo 38 de la Constitución de 1976, no se requiere profesar dicha ideología para ser admitido como profesor de derecho, si bien debe ser simpatizante de la revolución.

Los autores concluyen en el sentido de que la institucionalización de la legalidad socialista en Cuba ha superado el periodo inicial revolucionario y que en la actualidad existe un creciente interés por el estudio de las instituciones jurídicas, y si bien todavía prevalece la inspiración del derecho soviético y de otros países socialistas se observa la tendencia creciente hacia el examen de otros sistemas jurídicos, inclusive el de Estados Unidos, que todavía se conoce poco por el aislamiento que ha prevalecido.

A su vez, los profesores Berman y Whiting consideran que el derecho cubano debe ser estudiado por los juristas de Estados Unidos —y esto también se aplica a los restantes de América Latina—, debido a la creciente literatura sobre la citada institucionalización, y también es conveniente el análisis de la similitud y diferencias de la legalidad cubana en relación con otros ordenamientos socialistas, como una tarea muy importante para los comparatistas.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

DERECHO CONSTITUCIONAL

BLUNDELL, Denis, "Some reflections upon the office of Governor General

in New Zealand", *Law Review*, Wellington, vol. 10, núm. 3, febrero de 1980, pp. 197-205.

El trabajo que aquí se reseña es la versión mecanográfica de una conferencia impartida por Sir Denis Blundell, el 25 de julio de 1979, en la Universidad Victoria de Wellington, sobre las funciones, deberes y responsabilidades del gobernador general de Nueva Zelanda, cargo que el propio Blundell ocupó durante el periodo 1972-1977. Por esta razón el trabajo resulta particularmente interesante ya que combina el aspecto teórico del tema con las impresiones que el autor ofrece de lo que fue en la práctica el ejercicio de su cargo.

Después de señalar que en general existe poco conocimiento de las funciones que desarrolla el gobernador general de Nueva Zelanda, el autor encara el tema desde una triple dimensión: el aspecto constitucional de las funciones del gobernador; el aspecto ceremonial de las funciones del gobernador y, la influencia unificadora que coloca al gobernador general en la situación de ser el representante de la reina en cuanto cabeza de la familia de Nueva Zelanda. Todo el desarrollo del tema se orienta con el fin de alcanzar la conclusión de que el gobernador general no es una figura decorativa sino que desempeña una función muy importante dentro del sistema jurídico y político de ese país.

En cuanto al aspecto constitucional, el autor presenta, en primer término, las fuentes de las que emana la autoridad del gobernador general: *Acts of Parliament; Letters Patent y Letters Instruction, y, Conventions*. Señala el autor que algunas de las más importantes facultades del gobernador general provienen de la *New Zealand Constitution Act*, del año 1852, pero muchas veces reformadas. En este punto particularmente se refiere a las facultades del gobernador dentro del proceso legislativo, del cual forma parte y al necesario consentimiento que debe dar a las iniciativas presentadas al parlamento relativas al destino de los fondos públicos. No deja de hacer mención en este rubro a la facultad discrecional del gobernador para prorrogar y disolver el Parlamento.

Por lo que hace a las *Letters Patent, y Letters Instruction*, que son las instrucciones que el gobernador general recibe de la reina en el acto del nombramiento, el autor destaca que conceden facultades al gobernador para hacer en nombre de la reina los actos que la ley señala, tales como son las facultades para nombrar a los jueces, justicias de paz, comisionados y ministros, lo que ocurre después de una elección general; asimismo el autor abunda en la prerrogativa del indulto.

Una parte importante del trabajo la dedica el autor al análisis de algu-

nas consecuencias de las *Letters Instruction*, que acompañan a las *Letters Patent*, y en las cuales se señala al gobernador general como debe cumplir con sus deberes, siendo la más importante el mandato de guiarse bajo la asesoría y consejo de sus ministros. Mucho énfasis pone Sir Denis Blundell en el hecho de que esta obligación no es absoluta ya que, en casos excepcionales, el gobernador general puede rehusar la asesoría de los ministros, teniendo en este caso el deber de comunicarlo en forma inmediata a la reina.

En cuanto a las convenciones, que han sido establecidas con el paso del tiempo, el autor estudia cómo operan las facultades del gobernador general en relación con dichas convenciones y vincula este punto nuevamente con la facultad del primer ministro y de los otros miembros del gabinete de asesorar al gobernador general.

La segunda parte del trabajo se refiere a las funciones ceremoniales del gobernador general, en donde el autor reitera que si bien éstas son cuantiosas, no son las únicas que desempeña, razón por la cual no es válido calificar a las funciones del gobernador general como puramente ceremoniales. Entre otras funciones de esta naturaleza, Blundell se refiere a las siguientes: la apertura del parlamento, imposición de investiduras, recepción de credenciales por los diplomáticos de otras naciones, atención de los desfiles de las fuerzas armadas y otras que se derivan de su carácter de comandante en jefe.

La tercera parte se refiere a lo que Sir Denis Blundell denomina la influencia unificadora, que corresponde a las funciones que desempeña el gobernador general en su carácter de representante de la reina como cabeza de la familia neozelandesa, funciones a las que el autor da una gran importancia y que se orientan fundamentalmente a viajar por el territorio del Estado, conocer y tratar al mayor número de habitantes, percatándose de sus problemas, de sus necesidades y de sus ideales, con el fin de acercar a la reina, a través de su representante, con el pueblo.

Termina el autor haciendo algunas reflexiones sobre facultades derivadas para el gobernador general en las leyes del "*Ancient Lineage*", tales como las de ser *visitor* de la mayoría de las universidades del país, y fungir como último árbitro en ciertas clases de conflictos, entre los que figuran reclamaciones de los oficiales de las fuerzas armadas.

Jorge MADRAZO

BRETON, Jean-Marie, "L'Acte constitutionnel du 21 septembre 1979 portant organisation provisoire des pouvoirs publics en République Cen-

traficaine”, *Revue Juridique et Politique*, París, núm. 2, abril-junio, 1980, pp. 555-563.

Desde la independencia, en 1960, la vida política centroafricana se caracterizó por una extrema inestabilidad —constante muy difundida en África—, y los regímenes que se sucedieron, de estilos diferentes, no lograron apaciguar las contiendas ni asentar las bases del joven Estado. República convertida en Imperio en 1976,¹ bajo la égida del extravagante Bokassa I, de siniestro renombre, el país sufrió un nuevo golpe de Estado el 20 de septiembre de 1979, que restableció en el poder al expresidente David Dacko —derrocado el 31 de diciembre de 1965 por el entonces coronel Bokassa.

Con el acta constitucional “relativa a la organización provisional de los poderes públicos en la República Centroafricana” promulgada el 21 de septiembre del mismo año, resultaron *de facto* destituido el emperador Bokassa I, terminado el régimen imperial y suspendida la Constitución del Imperio Centroafricano de 4 de diciembre de 1976.

Al analizar el contenido del acta, el profesor J-M. Breton se propone destacar sus principales características y aportaciones.

1. No encontramos en el acta mención alguna relativa a la Constitución imperial de 1976, ni siquiera para declararla abrogada. Semejante silencio pone de manifiesto la voluntad del nuevo jefe del Estado de desconocer de manera absoluta el interregno de Bokassa y, en consecuencia, de considerar que las actas constitucionales de 4 y 8 de enero de 1966 y la Constitución de 1976 nunca figuraron entre los ordenamientos constitucionales centroafricanos. En efecto, el acta se limita a subrayar que “los sucesos acontecidos desde el 1o. de enero de 1966 hicieron imposible que se aplicara la Constitución de 1964”. Obviamente, quiere hacerse hincapié en la continuidad del poder del presidente Dacko, despojado en 1966, pero que recupera sus funciones en 1979, como si no hubiese existido el paréntesis de 1966-1979. Equivale a proclamar implícitamente la ilegitimidad y la nulidad de las disposiciones constitucionales de Bokassa I, y, subraya el autor, “he aquí una sorprendente transposición *de facto* de la teoría de la inexistencia en el dominio del derecho constitucional”.

2. El Acta dicta disposiciones relativas a la forma del Estado (artículo 1o.), el poder ejecutivo (artículo 2), las atribuciones del primer ministro (artículos 3 y 4), la devolución del poder legislativo y la delimitación de las competencias (artículo 5), la justicia (artículo 6) y la validez del or-

¹ Cf. “La Constitución del Imperio Centroafricano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año X, núms. 28-29, enero-agosto, 1977, pp. 183-190.

denamiento jurídico preexistente, tanto en el ámbito interno como en el internacional (artículo 7).

Notemos que el predominio del ejecutivo —en la persona del presidente de la República— está afirmado claramente, conforme a la lógica de los esquemas presidencialistas caracterizados por la concentración de poderes. Por otra parte, el acta se refiere a la “justicia” tan sólo como “autoridad”, y no como “poder” judicial —*capitis diminutio* generalizada en el constitucionalismo tercermundista.

“Los tratados, acuerdos, convenios, leyes y reglamentos anteriores a la publicación de la presente Ordenanza seguirán en vigor en todo lo que no esté contrario a las disposiciones de la misma, y siempre que no estén abrogados o denunciados expresamente” subraya el artículo 7; estas disposiciones resultan en contradicción abierta con la voluntad implícita —ya señalada— de considerar como nulos los textos constitucionales y la legislación ordinaria del periodo de 1966-1979.

En fin, desaparecen todas las menciones relativas al partido único (MESAN) o a los demás órganos constitucionales (Asamblea nacional, Consejo económico y social y Corte suprema), aunque fuese para declararlos disueltos. Lo más sorprendente —señala el autor— es el silencio relativo al MESAN, en la medida en que este partido, creado en 1949, constituía, como lo afirmaban permanentemente los gobernantes, el fundamento de toda legitimidad en Centroáfrica, sea cual fuera el régimen que se instauraba.

3. Desde un punto de vista material, el acta instituye un régimen provisional, caracterizado por un ejecutivo dual, en el que el poder ejecutivo en su totalidad y el poder legislativo se atribuyen al presidente de la República, asistido por un primer ministro que no es sino un figurante.

En efecto, el presidente goza de las prerrogativas tradicionales de jefe del Estado de régimen presidencial, así como de las de jefe del Gobierno. El primer ministro está subordinado estrechamente al presidente “quien lo nombra y pone fin a sus funciones” (artículo 3). Encargado de “dirigir la acción del gobierno, y de asegurar la ejecución de las leyes y reglamentos” (artículo 4), el primer ministro es un simple ejecutante de las decisiones presidenciales, en las que no toma parte alguna; no ejerce el poder reglamentario, ni siquiera con delegación expresa y excepcional. El presidente nombra a los demás miembros del gobierno, a quienes destituye libremente.

El poder legislativo, lo ejerce también el jefe del Estado, “mediante ordenanzas dictadas en Consejo de ministros”. El artículo 5 fija el dominio reservado a la ley; este dominio, estrictamente delimitado, no implica sino competencias de atribución que corresponden a una definición material y no orgánica, a ejemplo de la Constitución francesa de 1958. En consecuen-

cia, el dominio reglamentario, atributo exclusivo del presidente de la República, se define *a contrario* como el dominio de las competencias de derecho común del jefe del Estado y engloba todas las materias que no se atribuyen específicamente a la ley. En una palabra, la concentración de poderes es total y exclusiva de todo control, en resumen, la confusión de funciones es absoluta. En efecto, el presidente legisla “mediante ordenanzas dictadas en Consejo de ministros”, es decir que se limita a informar a su gobierno sobre las medidas que toma, sin que éste tenga competencia alguna para intervenir en la elaboración de las decisiones; por otra parte, el jefe del Estado ejerce libre y discrecionalmente el poder reglamentario, atributo clásico del ejecutivo, cuyo dominio, en el caso centroafricano, es ilimitado por definición.

En fin, la “justicia”, constituida en “autoridad independiente del poder legislativo y del ejecutivo, se administra en nombre del pueblo”. El autor estima que esta disposición puede interpretarse como el reconocimiento indirecto de la soberanía popular a la que el acta no alude de manera alguna; disintimos al respecto, pues el “presidencialismo negroafricano” ha demostrado que adopta fórmulas de la democracia liberal sin preocuparse por aplicarlas ni darles un contenido real.

En conclusión, el acta constitucional de 21 de septiembre de 1979 regirá, pues, la organización y el funcionamiento de los poderes públicos en la República Centroafricana hasta que se apruebe una nueva constitución, sin que se fijara un plazo para esta adopción.

Por su parte, el presidente David Dacko, después de formar su gobierno de *Salut Public*, dio a conocer las líneas directrices de su programa político, económico y social, tendiente a enderezar la situación al recurrir principalmente a la cooperación internacional, pues el país se encuentra casi arruinado después de sufrir durante trece años la gestión desastrosa de un coronel-general-mariscal-emperador megalómano y degenerado.

En cuanto al MESAN, manipulado y pervertido por Bokassa, el nuevo jefe del Estado lo declaró disuelto unas semanas después del golpe de Estado, y creó un nuevo partido único, la Unión Democrática Centroafricana.

Monique LIONS

CAPPELETTI, Mauro, “Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo”, *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milán, Giuffrè Editore, vol I, 1979, pp. 153-210.

Con la maestría a que nos tiene acostumbrados el notable jurista italiano

aborda el complejo tema de las profundas transformaciones que han experimentado los ordenamientos jurídicos de nuestra época, especialmente en cuanto a la justicia, que el autor examina no en sus aspectos teóricos, que han sido objeto de innumerables estudios, sino de su fenomenología. la que ha merecido menor atención por los juristas, y para ello parte de la base de que se pueden delimitar tres grupos de hechos que han influido con mayor vigor en dichos cambios.

En primer término, el profesor Cappelletti señala la realización de ciertos fenómenos que si bien no son nuevos en la historia de la humanidad, se distinguen en nuestros tiempos por la brutalidad de su realización, y que se han traducido en la violación de los que desde hace dos siglos han sido considerados como los "derechos naturales" del hombre, todo ello en el nombre de una pretendida superioridad de otros individuos, grupos, razas o religiones.

El segundo grupo de hechos se derivan de los dos enormes y desastrosos conflictos entre Estados y grupos de Estados, que han llevado a nivel mundial la lucha entre naciones que se habían mantenido dentro de determinadas dimensiones espaciales.

Finalmente, el autor señala como un tercer sector, a las gigantescas transformaciones económicas y tecnológicas, de dimensiones sin precedente y acompañadas, a su vez, por la más profunda revolución social, intelectual y ambiental jamás contemplada por el género humano.

Por lo que respecta al primer grupo de fenómenos, relativo a la violación de los derechos humanos, la reacción a los problemas sociales y las tensiones provocadas por estas situaciones se ha traducido en el *desarrollo de la justicia constitucional*, considerada también como un *instrumento para superar los tradicionales conflictos entre la equidad y la ley, y entre el derecho natural y el derecho positivo*.

El profesor Cappelletti realiza un examen de conjunto, en virtud del extraordinario dominio que posee sobre la materia, de los diversos instrumentos de la justicia constitucional en sus dos grandes sectores del control judicial de la constitucionalidad de las leyes y la que el mismo autor ha calificado con gran acierto como "jurisdicción constitucional de la libertad"; que se han aplicado inclusive en ordenamientos en los cuales existe la tradición contraria, como sucede en Inglaterra en cuyo sistema jurídico predomina, como es bien sabido, el principio de la supremacía absoluta del Parlamento, pero que ha establecido principios jurisprudenciales que inclusive se han adelantado a los criterios de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, por ejemplo, en cuanto a las facultades discrecionales del ejecutivo para sustraer al examen de los tribunales los documentos consi-

derados como secretos (sentencia dictada en 1968 por la Cámara de los Lores en el caso Conway contra Rimmer).

También en Francia, en la cual todavía subsiste la confianza hacia la función judicial como instrumento de control de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, se advierte una creciente evolución hacia la justicia constitucional a través del Consejo de Estado el cual, a partir de 1959, ha determinado su competencia para controlar la conformidad de los reglamentos del Ejecutivo (los que en la carta de 1958, son tan importantes y paralelos a las leyes del parlamento) con la Constitución y los principios generales que se derivan de la misma, y con mayor razón por conducto del Consejo Constitucional, que a partir de 1971 y, en especial, en virtud de la reforma de 1974, que introdujo la reclamación que pueden intentar los grupos parlamentarios, se ha distinguido por su actividad defensora de los derechos humanos.

Señala el conocido jurista italiano que la justicia constitucional constituye un medio eficaz para superar la clásica antítesis entre legalidad y equidad, tomando en consideración que en la actualidad se apoya en normas constitucionales vigorosamente programáticas y progresistas y, por otra parte, también puede servir para dominar la contradicción, tan discutida en todas las épocas, entre derecho natural y derecho positivo, ya que la propia justicia constitucional debe considerarse como el genial esfuerzo de las sociedades modernas dirigido a "positivizar" ciertos valores relativamente inmutables y relativamente absolutos, incorporados en las constituciones escritas como reflejo de la voluntad popular permanente.

Por lo que respecta al segundo sector de fenómenos señalados por el profesor Cappelletti, y que se refiere a los conflictos entre los Estados, ha tenido como respuesta en el campo de la justicia por conducto de una nueva y todavía embrionaria dimensión que se puede calificar como *justicia internacional*, (pero también "supranacional" o "transnacional").

El primer intento en esta dirección, sin mucho éxito, se efectuó por la Liga de Naciones, establecida en 1919, la que fue sustituida el 24 de octubre de 1945 por la Organización de las Naciones Unidas, la que pretende transformar el comportamiento internacional, todavía apoyado en la fuerza, por un verdadero sistema de justicia internacional.

Como lo señala agudamente el autor se han hecho serios esfuerzos hacia la tutela supranacional de los derechos humanos, a través de varios documentos, como las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos, expedidas en 1948; la Convención Europea suscrita en Roma en 1950; los pactos internacionales sobre derechos civiles y políticos, y sobre derechos sociales, económicos y culturales, de las Naciones Unidas, expedidos en diciembre de 1966; así como la Convención Americana de los

Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, en 1969. Dichas declaraciones y convenciones han tenido como resultado la creación de instrumentos de tutela de los derechos humanos de carácter internacional, tales como el Alto Comisario de las Naciones Unidas para los Derechos del Hombre; la Comisión y la Corte Europeas de los Derechos Humanos; la Comisión y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, y también se refleja de cierta manera en el derecho de las comunidades económicas europeas.

Todo lo anterior, aun cuando todavía puede considerarse incipiente por lo que se refiere a su eficacia, significa un esfuerzo considerable para superar *la concepción del Estado nacional como fuente exclusiva del derecho y de la justicia*.

La parte final de este fundamental estudio comparativo del profesor Cappelletti se refiere al intento para solucionar los problemas provocados por el tercer grupo de fenómenos examinados y que se refieren a las transformaciones profundas y aceleradas de carácter económico y tecnológico de nuestra época, a través del establecimiento de la *justicia social*, concebida como un instrumento para superar a la concepción de la justicia como libertad individual y como igualdad de carácter formal.

Los primeros ensayos importantes a nivel constitucional están representados por la consagración de los llamados "derechos sociales" en las cartas fundamentales de nuestro país en 1917, y de la República alemana de Weimar en 1919; fenómeno conocido como "constitucionalismo social", y que ha adquirido considerable vigor en esta segunda posguerra, especialmente en las cartas fundamentales de la cuarta República Francesa (1946); la República Italiana (1948) y la República Federal de Alemania (1949); culminando con el establecimiento de lo que se ha calificado como Estado social o *Welfare State*, el cual implica una intervención activa de carácter promocional del propio Estado, para garantizar un mínimo de seguridad social.

El profesor Cappelletti señala con gran acierto que el establecimiento de la justicia social implica una radical transformación del derecho y de la justicia, como instrumentos para el "mantenimiento del orden social", en los que en la actualidad se conciben como medios dinámicos del "cambio social". Por otra parte, esta evolución implica una tendencia que atenua paulatinamente la contraposición entre dos ideologías originalmente en total antagonismo, es decir, la socialista "oriental" por una parte, y la liberal-individualista de carácter "occidental", por la otra.

Finalmente, el autor se refiere brevemente a los cambios que se han presentado en el campo de la asistencia jurídica a las personas de escasos recursos, ya que en numerosas legislaciones contemporáneas el criterio tra-

dicional que consideraba al asesoramiento jurídico como una asistencia caritativa a los necesitados se ha sustituido, paulatinamente por un sistema de seguridad social paralelo a otros sectores de carácter asistencial del Estado social contemporáneo.

Esta materia fue objeto de un estudio fundamental y extraordinariamente documentado del mismo profesor Cappelletti, con la colaboración de los profesores James Gordley y Earl Johnson, Jr., *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies (Text and Materials)*, Giuffrè Editore-Oceana Publications, Milán, Dobbs Ferry, New York, 1975.

En resumen, el magnífico estudio del destacado jurista italiano pone de relieve, con gran penetración, los tres instrumentos que se han originado en la fenomenología de la justicia contemporánea, y que se traducen en los sectores de la *justicia constitucional*; la *justicia internacional o supranacional*, y la *justicia social*.

Este trabajo comparativo del profesor Cappelletti constituye otra de sus esenciales aportaciones al estudio de las profundas transformaciones de las instituciones jurídicas de nuestra época, y merece un cuidadoso examen por parte de los juristas latinoamericanos y particularmente de los mexicanos, a fin de lograr que nuestros ordenamientos puedan propiciar y no retardar los cambios que con urgencia requieren nuestros países en vías de un desarrollo social, económico y cultural, tan difícil como doloroso.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Constitución como norma jurídica" *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1979, pp. 291-341.

El destacado jurista español aborda con notable precisión el complejo problema relativo al valor normativo propio de la nueva Constitución que entró en vigor el 29 de diciembre de 1978, la cual intenta de manera resuelta apartarse del modelo que ha imperado en el constitucionalismo español tradicional, ya que varios de sus preceptos establecen con claridad que dicha carta fundamental es aplicable de manera inmediata tanto a los poderes públicos como a los gobernados.

Para explicar este nuevo valor, el profesor García de Enterría examina con un criterio muy riguroso varias cuestiones de principio, la primera de las cuales se refiere a la *significación de la constitución*, la que se explica históricamente, ya que las dos grandes manifestaciones iniciales, la estadounidense y las revolucionarias francesas, la establecen desde unos determinados supuestos y con un contenido específico. Dichos supuestos radican

en su origen popular o comunitario, en el que claramente se expresa la doctrina del pacto social y su postulado básico de autorganización como fuente de legitimidad del poder y del derecho.

Sin embargo, este concepto tan preciso de la constitución, sufre en Europa continental un fuerte embate tanto por la derecha como por la izquierda. Por la derecha, las monarquías restauradas recogen de la idea constitucional únicamente lo que contiene de codificación formal del sistema político superior, y el ataque por la izquierda, procede un sector de la doctrina hegeliana y del marxismo en el cual desemboca, que pretenden hacer la "reducción" de la norma constitucional formal a la estructura del poder real que la subyace y soporta y de la que aquélla no será sino un enmascaramiento convencional.

No obstante dicho movimiento, el concepto de Constitución en su sentido original, no se ha perdido nunca por los constitucionalistas norteamericanos ni por los suizos y fue recuperado tras el segundo imperio por los constitucionalistas franceses, y en esta segunda posguerra, por los alemanes; dicho concepto que formula el postulado de que el pueblo decide por sí mismo es el que pretende ser incorporado en la Constitución española de 1978, enlazado por encima de un largo periodo en el cual el mismo significado ha estado apenas latente con la primera Constitución, es decir, la de Cádiz de 1812.

En un segundo apartado, el profesor García de Enterría aborda el tema de *los fundamentos del valor normativo de la constitución*, en su carácter de *norma fundamental*, partiendo de la base de que la técnica de atribuir a la propia constitución aplicabilidad inmune a las leyes ordinarias, más bien, determinante de la validez de éstas, y considerando a ese valor superior judicialmente tutelado, debe estimarse, conjuntamente con el sistema federal, como la más importante creación del constitucionalismo norteamericano, y su gran innovación frente a la tradición de la cual surgió.

Por el contrario, el constitucionalismo europeo quedó totalmente al margen de esta formidable construcción del constitucionalismo americano, lo que sólo puede explicarse por la degradación de la idea constitucional que supuso la prevalencia del "principio monárquico" como fuente formal de la constitución, lo que implicó reducir a ésta a un simple código formal de articulación de los poderes del Estado, sin trascendencia general.

Esta tradición europea pretendió transformarse en la primera posguerra a través del sistema de justicia constitucional, en sus dos vertientes de entonces: el ensayo muy tibio de la República de Weimar, que careció de resultados efectivos, y la introducida en la Constitución austríaca de 1920, debido a la inspiración del ilustre jurista Hans Kelsen, y la que se consa-

gró definitivamente aun cuando con matices significativos en esta segunda posguerra, en especial por conducto de las cartas fundamentales de Italia y de la República Federal de Alemania.

En España el sistema austríaco se refleja en la Constitución republicana de 1931, aun cuando con otras, quizá predominantes, procedentes del sistema weimeriano, y por ello el Tribunal de Garantías Constitucionales se considera por el profesor García de Enterría como una de las piezas menos gloriosas de su historia. Por el contrario, los artículos 159 y siguientes de la Constitución actual regulan al Tribunal Constitucional de manera más cercana al sistema austríaco, pero visto a través de sus importantes adaptaciones italiana de 1947 y alemana de 1949.

El sistema español en vigor se aparta de la pureza institucional kelseniana, de acuerdo con la cual, la constitución no es una norma verdaderamente justiciable; ya que la carta de 1978 es explícita al reconocer su valor normativo y vinculante directo, que, sin menoscabo del monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes atribuido al Tribunal Constitucional por los artículos 161 y 163 de dicha ley suprema, afecta a todos los poderes públicos y a todos los gobernados, de acuerdo con el diverso artículo 9o., inciso 1, de la misma carta fundamental, la que debe considerarse como necesariamente aplicable, en mayor o menor medida, pero de manera efectiva, por todos los jueces y tribunales, ya que del texto del último precepto mencionado se deduce además del carácter vinculante general de la Constitución una "vinculación más fuerte" en la tradicional expresión del constitucionalismo norteamericano (*higher obligation*) hoy retomada por los alemanes (*stärkere Bindung, gesteigerte Verpflichtungskraft des Grundgesetzes*).

Con apoyo en las reflexiones anteriores, el distinguido jurista español continúa sus certeras observaciones sobre el *valor normativo de la Constitución española*, con el objeto de precisar la forma en la que se articula técnicamente ese valor normativo directo y general de la constitución, y en este sentido estima que el monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional sólo alcanza a la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, pero no a cualquier aplicación de la carta fundamental, ya que el restante ámbito corresponde a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con las funciones preceptivas a que les obligan los principios de sometimiento al "imperio de la Ley" (artículo 117, inciso 1, constitucional) y el de *iura novit curia*.

El cuarto y último sector abordado por el profesor García de Enterría con singular maestría, tomando en cuenta su extraordinaria complejidad, es el relativo al *principio de la interpretación conforme a la constitución, de todo el ordenamiento*, el cual fue desarrollado primeramente por la ju-

risprudencia de la Suprema Corte Federal de Estados Unidos y, en época reciente, por las decisiones del Tribunal Federal Constitucional alemán, así como por la doctrina predominante en la misma Alemania y, además, vinculado con una verdadera "presunción de la constitucionalidad de las leyes", que implica, en primer término, la confianza en que el órgano legislativo observe e interprete correctamente los principios de la Constitución; en segundo lugar, que una ley sólo puede ser declarada inconstitucional cuando no exista duda razonable sobre su contradicción con la carta fundamental, y finalmente cuando las disposiciones legislativas estén redactadas en términos muy amplios es preciso considerar que, siempre que sea "razonablemente posible", el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrán de aplicarse dichos preceptos es precisamente la que permita mantenerlos dentro de los límites constitucionales.

Dicho principio sobre la interpretación del ordenamiento conforme a la constitución no vincula únicamente al Tribunal Constitucional en el momento de la decisión de las cuestiones sobre la conformidad de las disposiciones legislativas con la carta fundamental, sino también, como lo sostiene correctamente el tratadista español, a todos los tribunales, los cuales deben intervenir en la función aplicativa de la constitución, de acuerdo con el criterio ya examinado por el autor, relativo a la aplicación inmediata de los preceptos fundamentales.

El propio autor examina el citado principio tanto en sus alcances como en sus consecuencias, y aborda, además, sus relaciones con la polémica que se ha presentado en Alemania sobre los criterios y métodos interpretativos de la parte material de la constitución, en la cual se han contrapuesto los nombres de Forsthoff y de Smend, debiendo agregarse la teoría más reciente de Haeberle sobre "la constitución sin derecho natural", que pretende oponerse al jusnaturalismo imperante en la propia Alemania, y que en cierta medida también se consigna en su ley fundamental, así como en la Constitución española de 1978, especialmente en cuanto al reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana.

Después de la simple descripción anterior, ya que no podemos comentar de otra manera un trabajo tan rico en su problemática y en sus agudas reflexiones, resulta evidente la trascendencia no sólo teórica sino esencialmente práctica del excelente estudio del profesor García de Enterría, el cual debe ser analizado cuidadosamente por los juristas latinoamericanos, a fin de superar los criterios tradicionales, excesivamente formalistas, que han imperado en nuestra región, sobre el valor normativo de nuestras leyes fundamentales, especialmente ahora que se han expedido nuevas y recientes constituciones.

Sobre esta materia y para no citar sino dos ejemplos sobre las consecuen-

cias prácticas de las distintas concepciones sobre el citado valor normativo constitucional, hacemos mención del criterio de la Suprema Corte argentina con anterioridad a la ley nacional de 1966, la que, en el famoso fallo *Angel Siri* consideró inmediatamente aplicables los derechos fundamentales a través de la acción de amparo, considerada esta última como garantía implícita en ausencia de una ley reglamentaria; y exactamente lo contrario estimó la Sala Político-Administrativa de la Suprema Corte venezolana en sus fallos de 1970 y 1972, no obstante el intento de algunos tribunales inferiores para aplicarlo directamente, al resolver que no podía interponerse el derecho de amparo previsto por el artículo 49 de la carta de 1961, por la falta del ordenamiento reglamentario correspondiente.

Héctor FIX-ZAMUDIO

GÓMEZ PÉREZ, Rafael, "Las contradicciones de la libertad de enseñanza", *Persona y derecho*, Pamplona, núm. 6, 1979, pp. 121-139.

Si bien es cierto que la libertad de enseñanza no es más que una forma particular de la libertad general del hombre, en la práctica, quienes miran con suspicacia las demás libertades, defienden la libertad de enseñanza; mientras que, quienes defienden arduosamente las demás libertades, miran con suspicacia la libertad de enseñanza. Afirmando esta contradicción sociológica, es como inicia su artículo el doctor Gómez Pérez.

Parece ser que en la actualidad coexisten dos puntos de vista respecto a la actividad política: por un lado los individuos pidiendo "tanta libertad como sea posible" y por otra el Estado reclamando "tanta organización como sea posible"; de tal suerte que en la práctica habrá que buscar el punto medio entre ambos: partiendo de unas exigencias mínimas, reconocer el pluralismo.

Dentro de este orden de ideas, habría que estar por una variada gama de ofertas educativas, implicando el monopolio estatal de la enseñanza. Sin embargo, esa concepción se defiende casi con vergüenza porque se ha considerado que lo no-estatal es sinónimo de falta de libertad, además de que la enseñanza no-estatal es un negocio, aunque en realidad es más barata que la estatal, ya que no dispone de los formidables medios del erario público, se le ataca también de clasista, siendo que la solución está en otorgar los medios a quienes no los tienen para que puedan elegir; también señala el autor que generalmente las escuelas particulares tienen mayor calidad en su enseñanza que las oficiales.

Los prejuicios contra la escuela particular tienen un doble origen: uno

radical-liberal del siglo XIX y otro socialista de este siglo. El primero entra en contradicción consigo mismo, pues al negar el pluralismo en la enseñanza y al aceptar sólo una forma de tal (laica) cae en un dogmatismo *sui generis* contrario a la libertad individual, y vemos que el socialismo hereda esa idea tranquilamente. A mayor abundamiento ahora que el Estado es intervencionista permite que se pueda justificar más fácilmente que el Estado controle la cultura y la educación. Lo que resulta incuestionable es que una sociedad que adopta la democracia como forma de gobierno tiene que aceptar la libertad de enseñanza; ¿cómo se puede negar el derecho a un grupo de padres o profesores para crear un centro escolar?

Así, por ejemplo, en el pensamiento de un marxista como Gramsci, la conquista de las instituciones tiene un objetivo prioritario: la escuela, ya que en ella se dan cita los "trabajadores de la cultura" y porque ahí se encuentran los mecanismos naturales de influencia sobre las nuevas generaciones.

Para no caer en el estatismo, el autor del artículo exige todas estas condiciones a la institución de educación oficial: gestión democrática del personal de la escuela y participación en la misma de los padres de familia y los propios educandos; integración de la enseñanza en el sistema de planificación y control democrático; libertad y pluralismo ideológico en su funcionamiento. Pero deben concurrir todas ellas porque de lo contrario se podrían caer en excesos que son funestos, como sería el control por parte de los sindicatos educativos, de tendencia ideológica muy definida, los que procurarían desechar el pluralismo y en consecuencia llevarla a una educación anticientífica.

Finalmente trata la cuestión del apoderamiento del marxismo de los centros de enseñanza. En Europa el término "marxismo" se está tomando con prevención ya que se le tiene como sinónimo de totalitarismo, lo que ha llevado a los que profesan dicha ideología a empezar a corregir su lenguaje. Ahora bien, como lo único que se pretende cambiar son los términos, el fondo seguirá siendo el mismo. Su abandono dependerá de dos factores: la división interna entre las diversas corrientes de marxistas (que ya se presenta) y la lucha concreta que le presente.

Termina proponiendo la difusión del gusto por la libertad, por la diversidad, sin que importe el partido político que la gestione; es decir, multiplicar los multiplicadores para que no se imponga uno *único*.

GUZMÁN VALDIVIA, Isaac, "Fundamentos filosóficos-sociales de la educación", *Persona y Derecho*, Pamplona, 1979, núm. 6, pp. 171-191.

El distinguido profesor mexicano cuyo trabajo publica la revista *Persona y Derecho* inicia su artículo señalando la importancia que actualmente tiene la educación, pues existen muchas dudas en cuanto a sus fines, naturaleza, fundamento y sus métodos; no siendo ello otra cosa más que el reflejo de lo que sucede en la conciencia del hombre, sacudida por cambios, contradicciones, conflictos e incongruencias, notas que caracterizan a nuestra época.

Para Guzmán Valdivia la educación es en su esencia el proceso cultural que consiste en el desarrollo integral de la personalidad del hombre. Es una acción permanente, genuinamente existencial, por el estado de tensión que se produce entre lo que es y lo que se quiere llegar a ser, es algo de su propia vida; además implica, una acción cultural, más aún, es una manifestación objetiva de la cultura (la que no tenemos que confundir con la civilización, ya que ésta tiene un sentido organizacional y exterior pues se refiere a las instituciones, mientras que aquélla lo tiene existencial e interior, pues se refiere a las personas). También la educación implica un desarrollo cualitativo de la persona, no sólo cuantitativo, pues se refiere al ser humano en su totalidad, siendo que el hombre es una unidad biopsicosocial, lo que trae consigo que sea armonioso, ordenado y jerárquico, lo que nos permite distinguir a la educación de otros procesos análogos como la enseñanza, la instrucción, la capacitación, el adiestramiento, etcétera. La educación, al promover el perfeccionamiento del hombre, debe lograr que desarrolle su inteligencia, ansí la verdad y fortalezca su voluntad. En resumen, a través de la educación, el hombre conquista su propia personalidad. De todo lo anteriormente expuesto se deduce que el agente principal de la educación es el educando mismo, de donde deriva un derecho y un deber para él: educarse.

El hombre se realiza en el seno de una sociedad, donde da y recibe; ésta tiene como finalidad el bien común de sus miembros, de tal suerte que ella debe proporcionar los medios idóneos para el desarrollo integral de sus individuos; es entonces cuando entran en función las estructuras institucionales de la civilización.

A continuación, el autor menciona los derechos inherentes a la educación: el derecho subjetivo que se tiene a ella, procurado el desarrollo armónico del educado y el respeto a los derechos humanos fundamentales; el derecho inobjetable de los padres a educar a sus hijos; el derecho de las iglesias a formar espiritualmente a sus miembros; y, finalmente, el derecho

del Estado a proteger, coordinar y promover dentro del ámbito de su competencia, el ejercicio de todos los derechos antes señalados.

En primer lugar, el derecho de la familia si en ella no hay afecto, comprensión, respeto, y aun admiración y sacrificio, tal derecho será una palabra carente de sentido, pues es ahí donde el hombre empieza a desarrollar su inteligencia, se le orienta a la verdad y al bien, se le forma moralmente y comienza a vivir las virtudes, aprende el respeto a la autoridad, la solidaridad, la justicia, la libertad dentro del orden, la cooperación y la unidad.

La escuela, que es históricamente anterior al Estado, tiene como primer deber coordinar los derechos de cada uno de sus educandos.

En un mundo como en el que nos tocó vivir, en el que las relaciones sociales aumentan en todo sentido, se caracteriza por el creciente fenómeno de la socialización; lo que se manifiesta también en una creciente intervención del Estado en la educación. Por ello, ésta debe estar circunscrita a la protección de los derechos de los educandos, promoverla a través de escuelas públicas, así como, específicamente, fomentar la enseñanza cívica. No debemos olvidar otro aspecto educativo fundamental que le toca al Estado: el que se da a través de los funcionarios públicos, pues es innegable que un gobierno integrado por gente corrupta e inmoral, da pie y "justifica" la corrupción e inmoralidad de los ciudadanos; mientras que en otro sentido, los servidores públicos pueden ser los mejores maestros con su ejemplo, por su honestidad y en el respeto de la ley, la justicia y a las mismas personas, en su dignidad y sus derechos.

Finalmente, las iglesias deben contribuir al desarrollo de la personalidad de sus miembros, para que vivan en forma armónica y congruente con los bienes del orden sobrenatural.

Después de esta construcción teórica, el profesor Guzmán Valdivia se pregunta ¿por qué hoy día la educación está perdiendo sus principios esenciales y se dirige hacia metas que la desnaturalizan? Considera que las principales causas son: el decaimiento de los valores trascendentales; la desintegración de la familia, que afecta en forma sustancial la educación de los hijos; la escuela que pretende formar únicamente tecnócratas, suprimiendo cualquier formación humanística y moral, concretándose únicamente a capacitar, entrenar o adiestrar; finalmente, el deterioro que han venido sufriendo las relaciones humanas, el desprestigio de la ley, el menosprecio del deber, la violencia organizada, la deshonestidad, la corrupción, la avaricia y el afán del consumismo y aburguesamiento.

En este último punto menciona la importancia que tienen los medios de comunicación masiva, en donde se suele poner como prototipo a una sociedad permisiva, el relativismo de los valores fundamentales y una civiliza-

ción pragmática y utilitaria, que más se preocupa de la eficacia que por la búsqueda de la verdad.

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

HENGSBACH, Franz, "Unterrichtsfreiheit und das Recht auf Erziehung. Demokratischer Staat und Erziehung", *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 6, 1979, pp. 57-107.

El autor del artículo que reseñamos "Libertad de enseñanza y derecho a la educación", empieza el mismo tratando la vieja contraposición entre determinismo e indeterminismo. En el extremo del primer supuesto se sitúa el pensamiento de Engels y Lenin, mientras que en el extremo del segundo apunta al existencialismo sartiano. Para este efecto, señala que hay que distinguir entre libertad en sentido subjetivo y libertad en sentido intersubjetivo, integrándose la primera con la libertad de obrar, moral y de la voluntad, sin las cuales se vuelven absurdas la recompensa, la pena, la culpa y la educación; mientras que la libertad en sentido intersubjetivo, que supone la anterior, comprende a todas aquellas libertades políticas que cuenta el individuo en sociedad, de tal forma que el derecho del Estado no resulta ser otra cosa más que la ordenación de la libertad social.

A continuación pasa a tratar el concepto de enseñanza, como un proceso de aprendizaje programado, generalmente institucionalizado, que sirve para integrar a un individuo en la sociedad, así como el de educación, que es la ayuda que se presta a los niños y a los jóvenes para que puedan determinar su papel en la vida y hacerse dueños de su propio existir, siendo un fenómeno fundamental e indispensable al hombre.

A ello, agrega, que como la educación no es solamente dar información, no se puede dar ésta de forma axiológicamente neutra, no existe una educación que se desarrolle en el vacío.

En base a esto, añade, todas las potencias totalitarias ponen empeño en educar a la juventud en un intento que merecería, mas bien el calificativo de seducción o el de amaestramiento. Por otro lado, es imposible la existencia de una educación carente de ideología.

Hengsbach concluye que a toda persona de mentalidad auténticamente liberal debe parecer obvio que es a los padres a quienes incumbe, con preferencia, la misión y el derecho inalienables de educar a sus hijos y elegirles escuela. Igualmente concluye, junto con el pedagogo Wasserzieher (ambos sufrieron la experiencia del régimen hitleriano), que el monopolio estatal de la enseñanza es una "dictadura de la pedagogía por decreto" y califica a tal escuela de "órgano ejecutivo del Estado", "campo de expe-

rimentación políticamente impune" y de "eficacísimo recinto de manipulación". Solamente un Estado proclive al totalitarismo puede arrogarse el derecho a decidir sobre la hechura espiritual de sus ciudadanos, sobre sus modos de sentir y pensar, sus conocimientos y sus convicciones.

Continúa hablando de la tendencia actual de los Estados a interferir en la educación y puesto que ésta puede volverse un instrumento político, ello no es otra cosa más que una forma sutil de dictadura. Para este autor alemán, el Estado debe conciliar los diversos intereses de sus ciudadanos, protegiendo la libertad de conciencia, exigir unos mínimos de conocimientos, procurar para todos las mismas oportunidades de educación y libre promoción de centros. Una "libertad" administrada por el Estado no es libertad, pues se produce una perturbación sistemática por medio de instrucciones oficiales y libros de texto autorizados. Hay que diferenciar la escuela obligatoria y la obligación de escolaridad. El Estado pervierte su función cuando en vez de auxiliar a sus ciudadanos les pone obstáculos en el desarrollo de su personalidad.

Concluye que, puesto que en la actualidad los niños están cada vez más expuestos a la influencia de agentes extrafamiliares, con detrimento de la autoridad paterna y su misión educativa, hay que reconocer a los padres el derecho-deber de educar a sus hijos conforme a sus convicciones, así como el derecho a elegir las instituciones extrafamiliares que intervienen en su formación y preparación.

Termina el artículo haciendo mención de la situación que se vive en la República Federal de Alemania a este respecto. Si bien tal derecho paterno está consagrado en la constitución, ello no se agota en la elección de la escuela, debe reconocérseles el derecho de los padres a intervenir en las cosas de la escuela, deben ser corresponsables de ella junto con los maestros y los alumnos.

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

LINDE PANIAGUA, Enrique, "El delegado del gobierno", *Documentación Administrativa*, Madrid, núm. 182, abril- junio de 1979, pp. 255-286.

Se trata de un artículo bien trabajado consagrado al análisis del precepto 154 de la Constitución española de 1978, en donde se contempla la figura del delegado del gobierno en las entidades autónomas. Linde Paniagua, a falta de claridades del mismo precepto constitucional, consideró útil traer a examen los antecedentes históricos de esta institución, así como hacer referencia a la experiencia practicada en Italia. Estos antecedentes histó-

ricos y doctrina italiana le dan buen marco y contexto para el análisis detallado del mencionado precepto constitucional.

Respecto a los antecedentes históricos peninsulares Linde Paniagua estudia este tema en el proyecto de Constitución federal de la República Española de 1873; la Constitución española de 1931; el Estatuto de Cataluña de 15 de diciembre de 1932; y la ley sobre el Estatuto del País Vasco de 4 de octubre de 1936. La figura similar de la experiencia italiana, como indica el autor, es el comisario inserto en la Constitución de 1947, del cual se ocupa en particular.

Luego Linde Paniagua aborda el análisis del artículo 154 constitucional, de manera amplia y profunda, pues empieza por dar cuenta de los trabajos efectuados por la ponencia de la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas; de los debates que provocó en el pleno dicha ponencia; más el análisis del mismo artículo, sancionado en la Cámara de diputados, en su paso por el Senado; el debate en el seno de la Comisión constitucional; para entrar en el estudio de las atribuciones con que fue consagrada esta figura definitivamente en el artículo de referencia. De acuerdo con este artículo, en efecto, el delegado de gobierno aparece como director de la administración estatal en el territorio de la comunidad autónoma; y como coordinador del Estado ante dicha comunidad. Por último Enrique Linde Paniagua se ocupa de las relaciones entre el delegado de gobierno y el presidente de la comunidad autónoma.

José BARRAGÁN

LINDE PANIAGUA, Enrique, "Procedimientos de creación de comunidades autónomas", *Documentación Administrativa*, Madrid, núm. 182, abril-junio de 1979, pp. 287-366.

Se trata de un artículo extenso, de cerca de 80 páginas en las cuales Linde Paniagua aborda con gran detalle y acuciosidad el tema de los procedimientos de creación de las comunidades autónomas en España, previstos de manera genérica o amplia en la nueva Constitución de 1978.

El autor, después de hacer referencia expresa a los antecedentes históricos del proyecto de Constitución federal de 1873; de la Constitución de 1931 y la experiencia italiana derivada de su Constitución de 1947, se ocupa de examinar en sus pormenores los dos procedimientos contemplados por el texto constitucional que Linde llama procedimiento ordinario y procedimiento extraordinario.

Para el autor cada uno de estos procedimientos determinará el régimen

jurídico que haya de atribuírsele a la Comunidad Autónoma resultante. De ahí la importancia de su estudio.

Con todo, junto a cada uno de los procedimientos mencionados existen otros varios reconocidos por vía de excepción a cada uno de dichos procedimientos.

Linde Paniagua, pues, con la detención y premura necesaria va analizando cada uno de tales procedimientos dando cuenta del artículo constitucional de que se trate, sin perder de vista la suerte que haya tenido tal artículo a lo largo de su proceso de discusión y aprobación, a fin de determinar, cuáles sean los requisitos que deben darse para constituir un territorio en comunidad autónoma; así como cuáles sean los trámites a seguir en su configuración, según los supuestos o según el procedimiento que corresponda.

José BARRAGÁN

ORLANDIS, José, "El derecho a la libertad escolar", *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 6, 1979, pp. 109-119.

El profesor Orlandis principia este trabajo señalando que la gran alternativa que la actualidad nos presenta, así como el gran interrogante, es un mañana de hombres libres o un mundo de esclavos. La respuesta dependerá de los niños que ahora se educan en las escuelas. La influencia familiar sobre ellos tiende a ser cada día menor, por ello los padres necesitan tomar una actitud decididamente activa en la formación de sus hijos, particularmente frente a los medios de comunicación masiva.

A continuación habla del monopolio educativo ejercido por la escuela única estatal, del dogma del laicismo que se habló hace 100 años, como resultado del clásico anticlericalismo militante (en concreto se refiere a la III República Francesa y sus famosas "leyes intangibles"). Afirma que hoy día esto se ha venido desvaneciendo del plano de la racionalidad política.

Sin embargo, en los países socialistas es inconcebible actualmente hablar de libertad en la educación, pues no existen más escuelas que las sostenidas y orientadas por el Estado. Por otro lado, en los países de régimen de economía de mercado, los partidos de inspiración marxista abogan por el establecimiento de escuelas estatales únicas y laicas; es decir la vieja idea liberal, pero sin el ropaje decimonónico.

El régimen de escuela estatal única no es compatible con una sociedad democrática que pretenda vivir con libertades públicas, pues es precisamente el modelo propio de los países totalitarios. El pluralismo político

requiere de un pluralismo escolar, en donde los padres puedan escoger la clase de escuela que prefieran para sus hijos. Aunque se ha afirmado que tal situación produce un clasismo o división entre la juventud, la práctica de los países que lo llevan demuestra todo lo contrario. A mayor abundamiento el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de 16 de diciembre de 1966, propugna por ese derecho de los padres.

De existir contradicción entre la educación familiar y la escuela, produce serios trastornos psíquicos, pues escinde la personalidad del joven, toda vez que la educación debe ser un proceso integral.

Aunque formalmente se reconozca tal derecho fundamental, puede haber una discriminación práctica a través del apoyo financiero. Para el doctor Orlandis las escuelas particulares deben gozar de subvenciones del presupuesto público para hacer efectivo tal derecho: si el dinero público proviene de los contribuyentes y con el mismo sólo se pagan escuelas estatales, el contribuyente que manda sus hijos a una particular tiene que pagar doble; de tal forma que estas últimas se vuelven escuelas de ricos.

En fin, el autor propone sacar el problema escolar del palenque de las luchas políticas dándole un tratamiento racional, no pasional, fundado en la equidad y la justicia.

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, "Constitución, burocracia y comunidades autónomas", *Documentación Administrativa*, Madrid, núm. 182, abril-junio de 1979, pp. 67-96.

En opinión de Parada Vázquez el modelo de la función pública de las administraciones de las comunidades autónomas previsto en la Constitución española de 1978 presenta una estructura teórica mucho más descentralizada que la propia de un Estado federal, en virtud de que tal constitución permite el que funciones exclusivas del Estado puedan delegarse a las comunidades autónomas. Hecho éste que sumado a la configuración histórica del carácter regional nos presenta una panorámica variopinta de las comunidades autónomas, así como de las mismas previsiones de la constitución.

Con esta breve referencia, a modo de introducción, José Ramón Parada se detiene a examinar el problema particular del traspaso de funcionarios estatales a la esfera de las autonomías regionales, poniéndolo en parangón con el antecedente de la Segunda República española y el caso italiano. Después estudia la solución de constituir una burocracia propia en cada entidad autónoma, para finalmente ver los problemas que pudieran plantearse

en una solución de compromiso de carácter mixto, haciendo referencia comparativa, en este caso, a la situación anterior de funcionarios estatales y funcionarios locales.

José BARRAGÁN

PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, "Democracia y educación", *Ensayos filosófico-jurídicos y políticos*, México, Jus, 1979, pp. 181-189.

Desde mediados del siglo pasado se han planteado dos posturas respecto al derecho de educar a la niñez, una propugnando porque sea un derecho exclusivo del Estado y otros reconociéndoselo a los padres de familia.

La primera tesis es de origen liberal, que no ve al niño sino al futuro ciudadano y su libertad de pensamiento, por lo que cree indispensable defenderlo de los atentados que sus padres puedan perpetrar contra esa libertad, lo que conduce a la llamada escuela neutra o laica. Posteriormente las corrientes totalitarias consideran que los individuos no son dueños de sí mismos, por lo que corresponde al Estado lo relativo a su educación, el que a su vez puede confiar tal misión a los padres de familia, en calidad de sus delegados. Como vemos coinciden en este punto individualistas y totalitarios.

La falsedad de ambas posturas se comprueba analizando la naturaleza y fines del Estado, de la familia y de la educación misma. Las dos guerras mundiales demuestran los resultados de querer situar el fundamento último del derecho y del Estado en una voluntad que esté al margen de cualquier principio ético, es más, de la naturaleza misma del hombre y de la sociedad.

En efecto, señala Preciado Hernández, cuando el gobernante desconoce los principios racionales del pluralismo y la acción subsidiaria del Estado con relación a organizaciones intermedias se cae en una tiranía totalizadora que esclaviza al hombre.

Por otro lado, la ciencia de la pedagogía demuestra que cualquier sistema educativo descansa sobre una ideología y que no se puede dar ninguno de ellos sin una concepción de la naturaleza. La verdadera libertad de enseñanza es incompatible con la escuela neutra o laica, ya que este tipo de enseñanza supone también una concepción del hombre, por lo que el Estado no tiene derecho a imponerla. Además, el monopolio estatal de la educación es un atentado a la libertad y un abuso del poder.

La libertad de enseñanza es concebida por el autor del artículo que reseñamos, no como el imponer la tabla rasa de la instrucción laica, sino en

respetar y garantizar el derecho a determinar el tipo de educación, por parte de los padres, quienes son los titulares del mismo. El Estado puede señalar mínimos de enseñanza obligatoria, establecer y sostener instituciones de enseñanza superior y reglamentar, con tal de no imponer, métodos de enseñanza. Igualmente obligar a una educación cívica.

Hablar de defender a los hijos contra sus padres es hacer de una excepción la regla y en algunos casos monstruosa.

Por último señala que, desde la Constitución de Weimar de 1918, cada día se fortalece más esta idea en la conciencia de los pueblos.

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, "El derecho de educar y la familia", *Ensayos filosófico-jurídicos y políticos*, México, Jus, 1979, pp. 125-131.

El distinguido maestro de la Facultad de Derecho de la UNAM, presenta en el artículo que reseñamos una visión de lo que él entiende por derecho a la educación.

Empieza demostrando cómo si nos situamos en el punto de vista del determinismo, ni siquiera cabe la posibilidad de hablar de acto humano, ya que éste es la síntesis de razón y voluntad presididas por la libertad, siendo esta última la esencia de la personalidad y presupuesto necesario de la responsabilidad.

En la actualidad la libertad no se limita al hecho de optar, ya que está condicionado poderosamente por factores externos, el ambiente social hoy día está enrareciendo la claridad del juicio de los hombres, lo cual es muy peligroso, pues puede acabar con su voluntad. Por ello, los miembros de la sociedad tienen derecho a exigir a sus gobernantes el establecimiento de un ambiente en el que puedan realizar plenamente su personalidad.

Se es libre psicológicamente cuando se puede optar entre dos o más posibilidades, se es libre jurídicamente cuando se pueda hacer lo que plazca dentro de los límites de la norma *auténticamente* jurídica, lo que implica una referencia al valor justicia e impone un deber a gobernantes y ciudadanos de no obstaculizar.

Siguiendo a Leclercq, señala que toda organización social reposa sobre opiniones o creencias, así como el saber humano reposa sobre los indemostrables y los valores fundamentales. Así, pues, esa base fundamental del sistema jurídico será la libertad, entre cuyas especies más importantes tenemos: de pensamiento, de conciencia, de expresión, de cultos y de enseñanza.

El profesor Preciado Hernández apuntó que dos características de los que anhelan un Estado totalitario es coartar la libertad de enseñanza y el desquiciamiento de la familia. Sostienen el primer punto afirmando que al Estado corresponde la educación de los niños fuera de un ambiente familiar, además, como resultados de su obligación —derivada del bien común— de asegurar al niño el respeto de sus derechos, incluso contra sus propios padres. Lo cual es una gran falsedad ya que el Estado no puede desconocer la comunidad natural que es la familia, en cuyo seno el hombre encuentra el ambiente más adecuado para su plena realización; que los padres son los únicos capaces de identificar el bien de su hijo en el suyo propio y sólo el amor paterno-filial es el único capaz de dar frutos de abnegación y sacrificio.

Por todo ello, el autor concluye que, por razón natural, a los padres corresponde la educación de sus hijos, así como el derecho de elegirles maestros y las opiniones y creencias que han de inculcárseles. El Estado tiene el deber de intervenir en la educación como colaborador de la familia, ya que éste no es un ser sustancial sino una unidad de orden. De lo contrario no se trataría del Estado sino de un grupo de gobernantes desprovistos de autoridad moral, aunque respaldados por la fuerza.

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

RIESTRA, José Antonio, "La escuela neutra", *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 6, 1979, pp. 141-161.

Nos cuenta el doctor Riestra como, después de casi un siglo de discusión, los socialistas belgas accedieron a suscribir el *Pacto Escolar* de 1958, en el que se reconoce el derecho de los padre a determinar la educación que deberían recibir sus hijos, haciéndolo además posible mediante apoyo económico.

Continúa señalando que los socialistas son actualmente los defensores de la neutralidad escolar, sin embargo dicha postura es abandonada cuando llegan al poder, que es cuando establecen con carácter exclusiva la orientación marxista en las escuelas, que además pasan a ser monopolizadas por el Estado; según lo demuestra lo ocurrido en los países del este de Europa.

Los orígenes de la escuela neutra se encuentran en el Renacimiento y su antropocentrismo, posteriormente el Racionalismo y la Ilustración propugnan por una actitud aconfesional, misma que toma carta de naturaleza con las revoluciones burguesas en favor del Estado liberal, uno de cuyos principios era la educación uniforme, estatal y laica. Fundándose en la

defensa de la libertad aceptan la expresión de cualquier idea, aún la más descabellada, pero no están dispuestos a aceptar la difusión de las ideas religiosas.

Comenta un documento firmado por el Colegio de Doctores y Licenciados de Filosofía y Letras de Madrid, fechado en 1976, con el título de *Una alternativa para la enseñanza*. La elaboración del mismo fue hecha por la Junta de Gobierno de dicha asociación, la que está integrada por militantes del Partido Socialista. Pues bien, ahí se afirma que la educación en todos sus niveles debe atenerse a pautas racionales y científicas, prescindiendo de criterios extracientíficos y sectarios que todavía perduran. También Riestra menciona la declaración de la Federación de Trabajadores de la Enseñanza, integrado al mismo Partido Socialista, de su congreso de mayo de 1976, en la que se dijo que la enseñanza debe ser laica. De tal suerte que hacen suya esta vieja aspiración liberal.

El autor destaca que, frente a la idea de que la escuela confesional es causa de división considera que es todo lo contrario, pues reúne a la juventud en torno a la ideología común. Frente a la opinión que señala que a los niños no hay que darles ninguna formación religiosa para que ellos adopten la postura que libremente elijan cuando sean adultos Riestra opina que tal tesis es desorientadora y que forzosamente llevaría al niño así educado a una postura de agnosticismo y al indiferentismo, con funestas consecuencias para el Estado y su autoridad.

El laicismo no es neutral, implica una postura ideológica concreta, que conduce, en el mejor de los casos, al agnosticismo o al naturalismo, por ello el Estado debe garantizar a sus ciudadanos una educación conforme a sus creencias, inclusive en las escuelas oficiales, ya que el poder político no es un instrumento del partido en el gobierno para imponer su ideología. En definitiva corresponde decidir sobre todo lo relativo a la educación, a aquellos que tienen la obligación de otorgárselas primeramente, quienes los han traído a la vida: sus padres. Más aún en pueblos con una tendencia mayoritaria a ese respecto (evidentemente sin desconocer el mismo derecho a las minorías).

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

VERGOTTINI, Giuseppe de, "La forma de gobierno de oposición garantizada", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, (nueva época), núm. 9, mayo-junio, 1979, pp. 5-41.

El destacado profesor de derecho constitucional de la Universidad de Bolonia, aborda uno de los temas menos estudiados por los juristas, no obs-

tante haber ocupado la atención de numerosos cultivadores de la ciencia política, es decir, el relativo a la función constitucional de la oposición.

De acuerdo con el acertado criterio del autor, la oposición garantizada consiste en una actividad dirigida a controlar la acción del gobierno, condicionando e influyendo en la orientación del mismo en base de una diversa trayectoria programática y en vista de una futura sustitución del equipo gobernante (*oposición-unción*), efectuada por grupos parlamentarios minoritarios colocados fuera de la mayoría de gobierno (*oposición-organización*).

En virtud de esta definición que el profesor Vergottini considera necesariamente aproximada, se puede intentar una nueva clasificación de las formas de gobierno, tomando en consideración que la que estima como oposición garantizada comprende todas las formas de gobierno verdaderamente democráticas, y no exclusivamente las calificadas como parlamentarias desde un punto de vista tradicional, y permite excluir con certeza del ámbito de la ambigua categoría de los ordenamientos con auténtica separación de poderes a todos aquellos ordenamientos seudodemocráticos o "democracias de fachada", que aparentemente se asimilan a las formas de gobierno parlamentaria o presidencial, pero que sustancialmente excluyen la garantía de las minorías y la posibilidad de oposición.

Por otra parte para que se pueda afirmar que nos encontramos ante una *forma de gobierno de oposición garantizada*, no es suficiente que se institucionalice a la propia oposición, sino que tendencialmente debe considerarse a la misma como una *verdadera función constitucional*, cuya presencia es necesaria para realizar la orientación negativa respecto a la de la mayoría, y que se puede concebir inclusive como orientación alternativa.

En seguida, el profesor Vergottini se refiere certeramente al problema esencial de la compatibilidad entre constitución y oposición, tomando en cuenta que la segunda, para considerarse significativa debe estimarse como contraposición al poder constituido o antipoder. En esta materia, la Constitución material de un ordenamiento puede rechazar de manera tajante la oposición política, puede aceptarla o puede llegar a garantizarla disciplinándola, si bien se produce entre las dos últimas hipótesis, una incierta línea de demarcación entre oposición compatible y oposición incompatible con la constitución, ya que la característica tendencialmente constante de las diversas cartas fundamentales, es la de no aceptar e incluso reprimir aquellas formas de oposición destinadas a subvertir la ley fundamental vigente, por lo que se consideran como anticonstitucionales.

Con notable precisión, el distinguido constitucionalista italiano estima que para comprender mejor la posición adoptada por los diversos ordenamientos respecto a la oposición, es inevitable hacer mención de aquellas

que se han revelado como los posibles regímenes jurídicos de las orientaciones *disconformes* con aquellas seguidas por los órganos del poder constituido, y en este sentido se pueden distinguir tres sectores: la *oposición como disenso*, la *oposición como límite* y la *oposición como alternativa*, que formulan una progresión lógica y no necesariamente histórico-temporal, aunque en muchos casos las mencionadas actitudes de la oposición se muestran como un sucederse de tres fases vinculadas al paso desde los ordenamientos simples, caracterizados por una fuerte homogeneidad política y con concentración del poder a ordenamientos complejos, con una heterogeneidad política y con articulación del poder en una variedad de centros de referencia diferenciados.

De las tres modalidades, la de mayor trascendencia, sin desconocer la importancia de las otras dos, es la relativa a la alternancia cíclica de la mayoría, y que se perfeccionó de manera paulatina en la práctica del sistema constitucional británico, a través del reconocimiento del principio de rotación continua de las funciones de oposición y de gobierno, que cristaliza con el establecimiento del llamado "Gabinete en la Sombra" (*Shadow Cabinet*) sobre el cual el mismo profesor Vergottini redactó una extensa y excelente monografía (*Lo "Shadow Cabinet", Saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell'opposizione nel regime parlamentare britannico*, Giuffrè, Milano, 1973).

De acuerdo con esta institución, el partido de minoría dotado de la más grande consistencia numérica en la Cámara de los Comunes, constituye la oposición "oficial" que cuenta con importantes prerrogativas, ya que se encuentra en espera de transformarse en mayoría de acuerdo con las elecciones generales sucesivas y por lo tanto, es siempre un potencial grupo parlamentario de gobierno. Según este sistema que sólo obtiene un reconocimiento formal legislativo hasta el año de 1937, el *leader* de la oposición oficial está destinado a ser nombrado primer ministro en caso de que su partido venza en las elecciones, mientras que el *Cabinet* gubernamental se integra, en general, con ministros que habían formado parte del llamado gabinete en la sombra, durante el periodo de oposición.

En principio los ordenamientos bipolares, tanto bipartidistas como de dos coaliciones de partidos tienden a adecuarse en su funcionamiento al modelo inglés, y los que se aproximan con mayor vigor a este último son, como es natural, los que han experimentado la influencia británica, como ocurre con los ordenamientos canadiense, australiano, neozelandés e irlandés, pero también pueden mencionarse otros de diverso desarrollo histórico, según se observa en algunos periodos en Austria, especialmente a partir de 1966, y en la República Federal de Alemania (en esta última no existe

reconocimiento formal en la Ley Fundamental Federal, pero sí en la Carta de Baden de 1947 y la reforma de 1971 a la de Hamburgo).

El profesor Vergottini señala que además del esquema bipolar señalado anteriormente, existen otros sistemas de oposición garantizada en los que pueden señalarse por lo menos otras dos hipótesis de comportamiento de la oposición: *el de la dispersión de la oposición*, que nos remite a un esquema multipolar, y en el de la *concentración de la mayoría* en un único polo dominante constituido por la gran coalición, con la correspondiente marginación de la propia oposición; pero a su vez estos dos sectores admiten diversas modalidades que son analizadas cuidadosamente por el autor, con referencia especial a la situación italiana, sumamente compleja, especialmente después de las elecciones políticas de 1976, en las que se observa el reforzamiento de la función parlamentaria y nacional del Partido Comunista, que ha planteado en términos más claros el problema de la participación de ese partido en el gobierno, menoscabando la hipótesis de la alternativa de izquierdas que, sin embargo, había sido expresamente sometida a los electores.

En la parte final de su agudo análisis, el profesor de la Universidad de Bolonia examina un fenómeno reciente, de acuerdo con el cual la concepción tradicional de la conflictualidad política concurrencial en el marco constitucional y parlamentario, se sustituye por un sistema radicalmente diverso, que se califica como *compromisorio*, y cuya premisa doctrinal se encuentra en las opiniones del ilustre Hans Kelsen, quien consideró como determinante en la definición del régimen democrático, no sólo la continua discusión entre mayorías y minorías, sino también el logro de transacciones entre ambas.

Sin embargo este fenómeno de la sustitución del parlamentarismo conflictual por el transaccional no siempre ha sido benéfico, como lo demuestran las llamadas "grandes coaliciones", especialmente las más conocidas, en la República Federal de Alemania (1966-1969), y en Austria (1949-1966), y por nuestra parte agregaremos, el sistema transaccional entre los partidos liberal y conservador de Colombia, que se consagró en una reforma constitucional promulgada en 1959, y que se prolongó por dieciséis años.

El sistema del parlamentarismo transaccional de las grandes coaliciones, produce entre otras consecuencias, una reducción del órgano legislativo a sede de ratificación de las decisiones tomadas fuera de él por los partidos políticos mayoritarios coaligados, mientras que el control llevado a cabo por la oposición acaba siendo puramente nominal, ya que posee escasas o nulas posibilidades de incidir sobre la orientación del gobierno y de colocarse como alternativa a esta última.

Las hondas reflexiones del profesor Vergottini deben constituir un ejem-

plo para los constitucionalistas latinoamericanos, a fin de que efectúen un análisis de la función constitucional de la oposición en nuestros ordenamientos, en los cuales se encuentra en situación muy inestable, y con frecuencia totalmente nulificada, y en particular, debe interesar a los juristas mexicanos, tomando en cuenta la reforma constitucional de diciembre de 1977, a través de la cual se ha pretendido institucionalizar a la oposición, que en nuestro sistema apenas asume la primera forma señalada por el profesor italiano, es decir la del *simple disentimiento*, tomando en cuenta la existencia de un partido predominante.

Héctor FIX-ZAMUDIO

DERECHO ECONÓMICO

BENACHENHOU, Abellatif, "La insdustrialización del Tercer Mundo: Ilusiones y esperanzas. Por un desarrollo popular y autónomo. Las condiciones internas e internacionales de un verdadero despegue", *Le Monde Diplomatique*, París, febrero de 1980.

El autor, profesor de la Universidad de Alger, comienza por constatar que se suele ubicar como una de las causas de la actual crisis económica mundial, o de su agravamiento, a la industrialización de los países del llamado "Tercer Mundo", a la que se juzga además excesiva o mal orientada. Se pregunta entonces: ¿Cuáles son las principales características de dicha industrialización? ¿Cuáles deberían ser sus orientaciones? ¿Qué probabilidades tiene de desarrollarse en beneficio de los respectivos pueblos?

En el comienzo de la respuesta, el profesor Benachenhhou trae a colación algunas cifras necesarias para una adecuada perspectiva. El "Tercer Mundo" (en adelante TM), asegura el 7.6% de las exportaciones globales de productos manufacturados, pero ellas constituyen sólo el 14% de sus exportaciones globales y el 28% de sus exportaciones no energéticas. Ello representa sólo el 10% de las importaciones de productos manufacturados por los países industrializados de economía de mercado, y sólo el 2% de su consumo de estos productos. Además, estas importaciones se dan en un número limitado de productos.

Para el autor, la industrialización actual del TM es limitada, comercialmente inestable, financieramente frágil, tecnológicamente dependiente.

a) *Industrialización limitada*. Sólo diez países del TM, sobre 123, disponen de una actividad manufacturera que realice más del 20% del producto interno bruto y más del 20% de las exportaciones globales. Un número muy reducido de países exportan lo esencial de los productos in-